Bidyat al-mutahidwa-nihyat al-muqtaid min al-DbMUAMMAD [IBN AMAD ALL] IBN RUŠD

Volume de 527 Feuillets
29 Octobre 1896

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد نبيه وآله وصحبه وسلم تسليما
قرأت مستعينا بالله خرجات على القاضي أبي الوليد محمد بن رشد رضي الله
عنه سنة احدى وثمانين وخمسمائة أما بعد حمد الله بجميع
محامده والصلاة على محمد وعلى آله وأصحابه فإن غرضي في هذا
الكتاب أن أثبت فيه لنفسي كتابا على جهة التذكرة من مسائل
الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت
الاختلاف فيها ما يجري مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على
المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذه المسائل
الأكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا
قريبا وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها واشتهر الخلاف فيها بين
فقهاء المسلمين من لدن الصحابة رضي الله عنهم إلى أن فشا التقليد
وقبل ذلك فلنذكر أصناف الطرق التي تتلقى منها الأحكام الشرعية
وكم أصناف الأحكام الشرعية وكم أصناف الأسباب التي أوجبت
الخلاف بأوجز ما يمكننا في ذلك فنقول إن الطرق التي منها تلقيت
الأحكام عن النبي صلى الله عليه وسلم بالجنس ثلاثة إما لفظ وإما فعل
وإما إقرار وأما ما سكت عنه الشارع من الأحكام فقال الجمهور إن طريق

الوقوف

الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس في الشرع باطل وما
سكت عنه الشارع فلا حكم له وأما أصناف الألفاظ التي تتلقى منها
الأحكام من السمع فأربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه أما
الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه أو خاص يحمل
على خصوصه أو لفظ عام يراد به الخصوص أو لفظ خاص يراد به العموم
وفي هذا يدخل التنبيه بالأعلى على الأدنى وبالأدنى على الأعلى
وبالمساوي على المساوي فمثال الأول قوله تعالى حرمت عليكم الميتة
والدم ولحم الخنزير فإن المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير عام لجميع
الخنازير ما لم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء
ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم
وتزكيهم بها فإن المسلمين اتفقوا على أنه ليست الزكاة واجبة في
جميع أنواع الأموال ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى ولا تقل
لهما أف وهو من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فإنه يفهم من
هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذا إما أن يأتي المستدعى
المستدعى فعله بصيغة الأمر وإما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به
الأمر وكذلك المستدعى تركه إما أن يأتي بصيغة النهي وإما أن يأتي
بصيغة الخبر يراد به النهي وإذا أتت هذه الألفاظ بهذه الصيغ

فهل يحمل استدعاء الفعل منها على الوجوب او الندب على ما سيقال
في حد الوجوب والمندوب اليه او يتوقف حتى يدل الدليل على احدهما
فيه بين العلماء خلاف مذكور في كتب اصول الفقه وكذلك الحال في صيغ
النهي هل تدل على الكراهية او التحريم او لا تدل على واحد منهما الخلاف
المذكور ايضا والاعيان التي تعلق بها الحكم اما ان يدل عليها بلفظ
يدل على معنى واحد فقط وهو الذي يعرف في صناعة اصول الفقه
بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به واما ان يدل عليها بلفظ يدل على
اكثر من معنى واحد وهذا قسمان اما ان تكون دلالته على تلك المعاني
بالسواء وهو الذي يعرف في اصول الفقه بالمجمل ولا خلاف في انه لا يوجب
حكما واما ان تكون دلالته على بعض تلك المعاني اكثر من بعض وهذا
يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالته عليها اكثر ظاهرا ويسمى بالاضافة
الى المعاني التي دلالته عليها اقل محتملا واذا ورد مطلقا حمل
على تلك المعاني التي هو اظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على
المحتمل فيعرض الاختلاف للفقهاء في اقاويل الشارع لكن
ذلك من قبل ثلاثة معان من قبل الاشتراك في لفظ العين الذي
علق به الحكم ومن قبل الاشتراك في الالف واللام المقرونة بجنس
تلك العين هل اريد بها الكل او البعض ومن قبل الاشتراك

الذي

الذي في الفاظ الاوامر والنواهي واما الطريق الرابع فهو ان يفهم
من ايجاب الحكم لشيء ما نفي ذلك الحكم عما عدا ذلك الشيء او من
نفي الحكم عن شيء ما ايجابه لما عدا ذلك الشيء الذي نفي عنه وهو
الذي يعرف بدليل الخطاب وهو اصل مختلف فيه مثل قوله عليه
الصلاة والسلام في سائمة الغنم الزكاة فان قوما فهموا منه ان لا زكاة
في غير السائمة واما القياس الشرعي فهو الحاق الحكم الواجب لشيء ما
بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء الذي اوجب الشرع ذلك
الحكم له او لعلة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صنفين
قياس شبه وقياس علة والفرق بين القياس الشبهي واللفظ الخاص
يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذي اريد به الخاص فيلحق به
غيره اعني ان المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذي بينهما
لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه
اللفظ ليس بقياس انما هو من باب دلالة اللفظ وهذان الصنفان متقاربان
جدا لانهما الحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء
كثيرا فمثال القياس الحاق شارب الخمر بالقاذف او بالمحد في الحد والصداق
بالنصاب في القطع واما الحاق الربويات بالمقتات او بالمكيل
او بالمطعوم فمن باب الخاص اريد به العام فتامل هذا فان فيه غموضا

بلغ صح

والجنس الاول هو الذي ينبغي للظاهرية ان تنازع فيه واما الثاني فليس
ينبغي للظاهرية ان تنازع فيه لانه من باب السمع والذي يرد ذلك يرد
نوعا من خطاب العرب واما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التي تتلقى
منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليست تفيد حكما اذ ليس لها
صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الاحكام اختلفوا في نوع الحكم الذي
تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار
عند المحققين انها ان اتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب
وان اتت بيانا لمجمل فان كانت من جنس القرب دلت على الندب وان
كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة واما الاقرار فانه يدل على الجواز
فهذه هي اصناف الطرق اللفظية التي تتلقى منها الاحكام او تستنبط
5 واما المعاني التعرفية من هذه الطرق اللفظية الى المكلفين فهي بالجملة
اما امر بشيء واما نهي عنه واما تخيير فيه والامر ان فهم منه الجزم
وتعلق العقاب بتركه سمي واجبا وان فهم منه الثواب على الفعل
وانتفى العقاب مع الترك سمي ندبا والنهي ايضا ان فهم منه الجزم وتعلق
العقاب بالفعل سمي محرما ومحظورا وان فهم منه الحث على تركه
من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكروها فتكون اصناف الاحكام الشرعية
المتلقاة من هذه الطرق اللفظية خمسة واجبا ومندوبا ومحظورا ومكروها

ومخيرا

ومخيرا وهو المباح واما اسباب الاختلاف بالجنس فستة احدها
تردد الالفاظ بين هذه الطرق الاربع اعني بين ان يكون اللفظ عاما
يراد به الخاص او خاصا يراد به العام او عاما يراد به العام او خاصا يراد به
الخاص او يكون له دليل خطاب او لا يكون له والثاني الاشتراك الذي
في الالفاظ وذلك اما في اللفظ المفرد مثل لفظ القرء الذي ينطلق على
الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الامر هل يحمل على الوجوب او الندب
ولفظ النهي هل يحمل على التحريم او الكراهة واما في المركب مثل قوله
تعالى الا الذين تابوا فانه يحتمل ان يعود على الفاسق فقط ويحتمل
ان يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة
شهادة القاذف والثالث اختلاف الاعراب والرابع تردد اللفظ
بين حمله على الحقيقة او حمله على نوع من انواع المجاز التي هي اما الحذف
واما الزيادة واما التقديم واما التاخير واما تردده بين حمله
على الحقيقة او الاستعارة والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده
تارة مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة والسادس
التعارض الوارد في الشرع في اصناف الالفاظ التي يتلقى منها الشرع
بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي ياتي في الافعال او في الاقرارات
او تعارض القياسات انفسها او التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف

الثالثة اعني معارضة القول للفعل او للاقرار او للقياس ومعارضة
الفعل للاقرار او للقول او للقياس واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء
فلنشرع فيما قصدنا مستعينين بالله ولنبتدئ من ذلك بكتاب الطهارة
على عادتهم فنقول انه اتفق المسلمون على ان الطهارة الشرعية طهارتان
طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على ان الطهارة من الحدث
ثلاثة اصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك
لتضمن ذلك اية الوضوء الواردة في ذلك فلنبتدئ من ذلك بالقول في الوضوء

كتاب الوضوء

فنقول ان القول المحيط باصول هذه
العبادة ينحصر في خمسة ابواب الاول في الدليل على وجوبها وعلى
من تجب ومتى تجب والباب الثاني في معرفة افعالها والثالث
في معرفة ما به تفعل وهو الماء والرابع في معرفة نواقضها والخامس
في معرفة الاشياء التي تفعل من اجلها الباب الاول فاما الدليل
على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة الاية فانه اتفق المسلمون على
ان امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل
وقتها واما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من
غير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله

صلاة من احدث حتى يتوضا وهذان الحديثان ثابتان عند ائمة النقل واما
الاجماع فانه لم ينقل عن احد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هنالك خلاف
لنقل اذ العادة تقتضي ذلك واما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك
ايضا ثابت بالاجماع والسنة اما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام رفع
القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق واما الاجماع
فانه لم ينقل خلاف في ذلك واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام
ام لا وهي مسئلة قليلة الغناء في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخروي و
اما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة او اراد الانسان الفعل الذي الوضوء
شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقا بوقت اما وجوبه عند دخول وقت
الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اذا قمتم الى الصلاة الاية فاوجب الوضوء عند القيام الى الصلوة
ومن شرط الصلاة دخول الوقت واما دليل وجوبه عند ارادة الافعال
التي هو شرط فيها فسياتي عند ذكر الاشياء التي يفعل الوضوء
من اجلها واختلاف الناس في ذلك الباب الثاني واما معرفة
فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق
وامسحوا برءوسكم وارجلكم الى الكعبين وما ورد من ذلك ايضا من
صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الاثار الثابتة ويتعلق بذلك

مسائل اثنتي عشرة مشهورة تجري مجرى الامهات وهي راجعة الى معرفة الشروط
والاركان وصفة الافعال واعدادها وتحديد محالها وتعيينه وانواع
احكام جميع ذلك المسالة الاولى من الاركان اختلف علماء الامصار هل
النية شرط في صحة الوضوء ام لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات
لقوله عليه الصلاة والسلام انما الاعمال بالنيات الحديث الثابت المشهور
فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب مالك والشافعي واحمد
وابي ثور وداود وذهب فريق اخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب
ابي حنيفة والثوري وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون
عبادة محضة اعني غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط
في الصلاة وغيرها وبين ان تكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة
فانهم لا يختلفون ان العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة
المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه بالعبادتين
ولذلك وقع الاختلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه
ان ينظر بايهما هو اقوى شبها فيلحق به المسالة الثانية من الاحكام
اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها في اناء الوضوء فذهب قوم
الى انه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة يده وهو مشهور مذهب
مالك وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو ايضا مروي عن مالك
وقيل ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه في نوم الليل قال

داود

داود واصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فاوجبوا ذلك في نوم
الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال احمد فتحصل في ذلك اربعة اقوال
قول انها سنة باطلاق وقول انها استحباب للشاك وقول انها واجب
على المنتبه من النوم وقول انه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار
والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في مفهوم الثابت من حديث ابي هريرة
انه قال عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده قبل
ان يدخلها في وضوئه فان احدكم لا يدري اين باتت يده وفي بعض رواياته
فليغسلها ثلاثا فلم ير بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما
في اية الوضوء وبين اية الوضوء معارضة حمل لفظ الامر هاهنا على ظاهره
من الوجوب وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء ومن فهم من هولاء من لفظ
البيات نوم الليل اوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه
ذلك وانما فهم منه النوم فقط اوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم
نهارا او ليلا ومن راى ان بين هذه الزيادة والاية تعارضا اذ كان ظاهر
الاية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع عنده بينهما
ان يخرج لفظ الامر عن ظاهره الذي هو الوجوب الى الندب ومن لم يفهم من
هولاء من هذا الحديث علة توجب عنده ان تكون من باب الخاص الذي
اريد به العام كان ذلك عنده مستحبا للمستيقظ من النوم فقط
ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص الذي اريد به العام استحب

للشك ومن هذا الى ما جاء في هذا الحديث مع ما نقل من غسله صلى الله عليه
وسلم يديه في وضوئه قبل ادخالهما في الاناء في جميع احيانه وجعل
ذلك زيادة يجب حملها الى ما في هذا الحديث او انها سنة على الاطلاق
غير معللة ومن اوجبها كل من قام للوضوء. المسالة الثالثة من الاركان
اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة اقوال قول انهما
سنتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وابي حنيفة وقول انهما فرض
فيه وبه قال ابن ابي ليلى وجماعة من اصحاب داود وقول ان الاستنشاق
فرض والمضمضة سنة وبه قال ابو ثور وابو عبيد وجماعة من اهل الظاهر
وسبب اختلافهم في كونهما فرضا او سنة اختلافهم في السنن الواردة
في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة اية الوضوء او لا تقتضي ذلك
فمن رأى ان هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الاية
اذ المقصود من الاية تاصيل هذا الحكم وتبيينه اخرجها من باب الوجوب
الى باب الندب ومن لم ير انها تقتضي معارضة حملها على ظاهرها من الوجوب
ومن استوت عنده الاقوال والافعال في حملها على الوجوب لم يفرق
بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب
والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق و
ذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من
امره واما الاستنشاق فمن امره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو

قوله

7

قوله عليه الصلاة والسلام اذا توضأ احدكم فليجعل في انفه ماء ثم لينتثر
ومن استجمر فليوتر خرجه مالك في موطئه والبخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة
المسالة الرابعة من تحديد المحال اتفق العلماء على ان غسل الوجه
بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم واختلفوا منه في
ثلاثة مواضع في غسل البياض الذي بين العذار والاذن وفي غسل ما انسدل
من اللحية وفي تخليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك انه ليس البياض
الذي بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين الامرد والملتحي
فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة اقوال وقال ابو حنيفة والشافعي هو من الوجه
واما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه
ابو حنيفة والشافعي في احد قوليه وسبب اختلافهم في هاتين المسالتين
هو خفاء تناول اسم الوجه في هذين الموضعين اعني هل يتناولهما او لا يتناولهما
واما تخليل اللحية فمذهب مالك انه ليس واجبا وبه قال ابو حنيفة و
الشافعي في الوضوء واوجبه ابن عبد الحكم من اصحاب مالك وسبب اختلافهم
في ذلك اختلافهم في صحة الاثار التي ورد فيها الامر بتخليل اللحية والاكثر
على انها غير صحيحة مع ان الاثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوئه
عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التخليل المسالة
الخامسة من التحديد اتفق العلماء على ان غسل اليدين والذراعين

من فروض الوضوء لقوله تعالى وايديكم الى المرافق واختلفوا في ادخال المرافق
فيها فذهب قوم من الجمهور مالك والشافعي وابو حنيفة الى وجوب ادخالها
وذهب بعض اهل الظاهر وبعض متاخري اصحاب مالك الى انه لا يجب
ادخالها في الغسل والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذي في حرف
الى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك ان حرف الى مرة يدل في كلام العرب على
الغاية ومرة يكون بمعنى مع واليد ايضا في كلام العرب ينطلق على ثلاثة معان
على الكف فقط وعلى الكف والذراع وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل
الى بمعنى مع او فهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء اوجب دخولها في
الغسل لان الى تكون عنده بمعنى مع وبدل الشيء من الشيء ومن فهم من الى
الغاية ومن اليد ما دون المرفق لم يدخلها في الغسل وخرج مسلم في
صحيحه عن ابي هريرة انه غسل يده اليمنى حتى اشرع في العضد ثم اليسرى كذلك
ثم غسل رجله اليمنى حتى اشرع في الساق ثم اليسرى كذلك ثم قال هكذا
رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضا وهو حجة لقول من اوجب
ادخالها في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء
وجب ان لا يصار الى احد المعنيين الا بدليل وان كانت الى في كلام العرب
اظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد اظهر فيما دون
العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلها من جهة الدلالة

اللفظية

اللفظية ارجح وقول من ادخلها من جهة هذا الاثر ابين الا ان يحمل هذا الاثر على
الندب والمسالة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس
ذي الغاية دخلت فيه واذا لم تكن من جنسه لم تدخل فيه المسالة السادسة
من التحديد اتفق العلماء على ان مسح الراس من فرائض الوضوء واختلفوا في القدر
المجزئ منه فذهب مالك الى ان الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض
اصحاب مالك وابو حنيفة الى ان مسح بعضه هو الفرض ومن اصحاب
مالك من حد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين واما ابو حنيفة
فحده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال ان
مسحه باقل من ثلاثة اصابع لم يجزه واما الشافعي فلم يحد في الماسح
ولا في الممسوح حدا واصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء
في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة في مثل قوله تعالى تنبت بالدهن
على قراءة من قرا تنبت بضم التاء وكسر الباء من انبت ومرة تدل على
التبعيض مثل قول القائل اخذت بثوبه وبعضده ولا معنى لانكاره هذا في كلام
العرب اعني كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين
فمن راها زائدة اوجب مسح الراس كله ومعنى الزيادة هاهنا هنا
كونها مؤكدة ومن راها مبعضة اوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح
هذا المفهوم بحديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام

توضا فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان سلمنا ان البا زايدة
بقي هنالك ايضا احتمال اخر وهو هل الواجب الاخذ باوايل الاسما
او باواخرها المسالة السابعة من الاعداد اتفق العلما على ان الواجب
من طهارة الاعضا المغسولة هو مرة مرة اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث
مندوب اليهما لما صح انه صلى الله عليه وسلم توضا مرة مرة وتوضا مرتين مرتين
وتوضا ثلاثا ثلاثا ولان الامر ليس يقتضي الا الفعل مرة مرة اعني الامر الوارد
بالغسل في اية الوضو واختلفوا في تكرير مسح الراس هل هو فضيلة ام ليس
في تكريره فضيلة فذهب الشافعي الى انه من توضا ثلاثا يمسح راسه ثلاثا
واكثر الفقها يرون ان المسح لا فضيلة في تكريره وسبب اختلافهم
في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد اذا اتت من
طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان اكثر الاحاديث التي روي فيها انه
توضا ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح واحدة
فقط وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوئه انه عليه الصلاة والسلام
مسح براسه ثلاثا وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم
ما روي انه عليه الصلاة والسلام توضا مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا
وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من لفظ الصاحب هو حمله
على سائر اعضا الوضو الا ان هذه الزيادة ليست في الصحيحين فان

صحت

صحت فيجب المصير اليها لان من سكت عن شي ليس هو حجة على من ذكره واكثر
العلما اوجبوا تجديد الما لمسح الراس قياسا على سائر الاعضا وروي
عن ابن الماجشون انه قال اذا نفد الما مسح راسه ببلل لحيته وهو اختيار
ابن حبيب ومالك ويستحب في صفة المسح ان يبدا بمقدم راسه فيمر يديه
الى قفاه ثم يردهما الى حيث بدا على ما جا في حديث عبد الله بن زيد
الثابت وبعض العلما يختار ان يبدا من مؤخر الراس وذلك ايضا مروي
من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ
الا انه لم يثبت في الصحيحين المسالة الثامنة من تعيين المحال
اختلف العلما في المسح على العمامة فاجاز ذلك احمد بن حنبل وابو
ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع ذلك جماعة منهم مالك والشافعي
وابو حنيفة وسبب ~~اختلافهم في ذلك اشترط اكثرهم لبسها على طهارة~~
وهذا الحديث اختلافهم في وجوب العمل بالاثر الوارد في ذلك من حديث
المغيرة وغيره ان عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى
العمامة وقياسا على الخف ولذلك اشترط اكثرهم لبسها على طهارة
وهذا الحديث انما رده من رده اما لانه لم يصح عنده واما لان ظاهر
الكتاب عارضه عنده اعني الامر فيه بمسح الراس واما لانه لم

لم يشتهر العمل به عنده واما الان فان الكتاب من يشترط اشتهار العمل
[فيما] فيما نقل من طريق الاحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم
من مذهب مالك انه يرى اعتبار اشتهار العمل وهو حديث خرجه مسلم
وقال فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث معلول وفي بعض طرقه انه مسح على
العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح
على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل
واحد المسالة التاسعة من الاركان اختلفوا في مسح الاذنين هل هو
سنة او فريضة وهل يجدد لهما الماء ام لا فذهب بعض الناس الى انه
فريضة وانه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من اصحاب
مالك ويتاولون مع ذلك انه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الراس
وقال ابو حنيفة واصحابه مسحهما فرض كذلك الا انهما يمسحان
مع الراس بماء واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء
وقال بهذا القول ايضا جماعة من اصحاب مالك ويتاولون انه
ايضا قوله لما روي عنه انه قال حكم مسحهما حكم المضمضة واصل
اختلافهم في كون مسحهما سنة او فرضا اختلافهم في الاثار الواردة
في ذلك اعني في مسحه عليه الصلاة والسلام اذنيه هل هي زيادة على

ما

ما في الكتاب من مسح الراس فيكون حكمهما ان يحمل على الندب لمكان
التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الاية ان حملت على الوجوب او هي
مبينة للمجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الراس في الوجوب فمن اوجبهما
جعلها مبينة لمجمل الكتاب ومن لم يوجبهما جعلهما زائدة كالمضمضة
والاثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين لكن اشتهر
العمل بها واما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسببه تردد الاذنين بين
ان تكونا عضوا مفردا بذاته من اعضاء الوضوء وبين ان تكونا من الراس
وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب اخرون الى انه
يمسح باطنهما مع الراس ويغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد
هذا العضو بين ان يكون جزءا من الوجه او جزءا من الراس وهذا لا معنى له مع
اشتهار الاثار في ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعي يستحب
فيه التكرار كما يستحب في مسح الراس المسالة العاشرة من الصفات اتفق
العلماء على ان الرجلين من اعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال
قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم
بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى
اختيار المكلف وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في اية
الوضوء اعني قراءة من قرا وارجلكم بالنصب عطفا على المغسول

وقرأ آخرون وأرجلكم بالخفض عطفا على الممسوح وذلك ان قراءة
النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور
تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضها واحدة من هاتين الطهارتين على
التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على
القراءة الثانية وصرف بالتاويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى
ظاهر القراءة التي ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من
القراءتين على ظاهرها على السواء وانه ليست احداهما على ظاهرها
ادل من الثانية على ظاهرها ايضا جعل ذلك من الواجب المخير ككفارة
اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وللجمهور تاويلات في قراءة الخفض
اجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجودا
في كلام العرب مثل قول الشاعر لعب الزمان بها وغيرها بعدي سوافي
المور والقطر بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر واما الفريق
الثاني وهم الذين اوجبوا المسح فانهم تاولوا قراءة النصب على انها عطف
على الموضع كما قال الشاعر فلسنا بالجبال ولا الحديدا وقد رجح
الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال
عليه الصلاة والسلام في قوم لم يستوفوا غسل اعقابهم في الوضوء
ويل للاعقاب من النار فقالوا فهذا يدل على ان الغسل

هو

هو الفرض لان الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة
لانه انما وقع الوعيد على انهم تركوا اعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في
الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما ان من شرع في المسح ففرضه
المسح عند من يخير بين الامرين وقد يدل على هذا ما جاء في اثر اخر خرجه
ايضا مسلم انه قال فجعلنا نمسح على ارجلنا فنادى ويل للاعقاب
من النار وهذا الاثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به في منع
المسح فهو ادل على جوازه منه على منعه لان الوعيد انما تعلق فيه
بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على
جوازها وجواز المسح هو مروي عن بعض الصحابة والتابعين ولكن
من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح
اشد مناسبة للراس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقى دنسهما
غالبا الا بالغسل وينقى دنس الراس بالمسح وذلك ايضا غالب
والمصالح المعقولة لا يمتنع ان تكون اسبابا للعبادات المفروضة
حتى يكون الشرع لاحظ فيها معنيين معنى مصلحي ومعنى عبادي واعني
بالمصلحي ما رجع الى الامور المحسوسة وبالعبادي ما رجع الى زكوة
النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين هل يدخلان في الغسل او في
المسح عند من اجاز المسح واصل اختلافهم الاشتراك الذي في حرف

الجامع في قوله تعلى وارجلكم الى الكعبين وقد تقدم القول في اشتراك هذا
الحرف في قوله تعلى الى المرافق لكن الاشتراك وقع هنا لكم من جهتين اشتراك
اسم اليد وحرف الى وهنا من قبل اشتراك حرف الى وقد اختلفوا في الكعب
ما هو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف اهل اللغة في دلالته
فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان
الناتئان في طرف الساق ولا خلاف فيما احسب في دخولهما في الغسل عند
من يرى انهما عند معقد الشراك اذا كانا جزءا من القدم ولذلك قال قوم
اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية اعني الشيء الذي يدل عليه
حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعلى واتموا
الصيام الى الليل المسألة الحادية عشر من الشروط اختلفوا في ترتيب
افعال الوضوء على نسق الاية فقال قوم هو سنة وهو الذي حكاه
المتاخرون من اصحاب مالك عن المذهب وبه قال ابو حنيفة والثوري و
داود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعي واحمد وابو عبيدة وكذا
كله في ترتيب المفروض مع المفروض واما ترتيب الافعال المفروضة
مع الافعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال ابو حنيفة هو سنة
وسبب اختلافهم شيئان احدهما الاشتراك الذي في واو العطف
وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف

بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون
فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس تقتضي نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضي
الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضي النسق والترتيب فمن رأى ان الواو
في اية الوضوء تقتضي الترتيب قال بايجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضي
الترتيب لم يقل بايجابه والسبب الثاني اختلافهم في افعاله عليه
الصلاة والسلام هل هي محمولة على الوجوب او على الندب فمن حملها على
الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام
انه توضأ قط الا مرتبا ومن حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن
فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب انما
ينبغي ان يكون في الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشرط الواجب
قد يكون في الافعال التي ليست واجبة المسألة الثانية عشر من الشروط
اختلفوا في الموالاة في افعال الوضوء فذهب مالك الى ان الموالاة فرض
مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم
يتفاحش التفاوت وذهب الشافعي وابو حنيفة الى ان الموالاة
ليست من واجبات الوضوء والسبب في ذلك الاشتراك الذي في الواو ايضا
وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض
وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام

انه كان يتوضأ في اول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى اخر الطهر وقد يدخل
الخلاف في هذه المسألة ايضا من الاختلاف في حمل الافعال اعني على الوجوب
او على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسي الاصل فيه في
الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة و
السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من امر الشرع ان له
تأثيرا في التخفيف وقد ذهب قوم الى ان التسمية من فروض الوضوء
واحتجوا في ذلك بالحديث لم يصح عند اهل النقل وقد حمله بعض على
ان المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما احسب فهذه
مشهورات المسائل التي تجري من هذا الباب مجرى الاصول وهي كما
قلنا متعلقة اما بصفات افعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها
واما بتعريف شروطها واركانها وسائر ما ذكرنا ومما يتعلق
بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من افعال الوضوء والكلام المحيط
باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديد
محله وفي تعيين محله وفي صفته اعني صفة المحل وفي توقيته وفي شروطه
وفي نواقضه فاما الجواز ففيه ثلثة اقوال القول المشهور انه جائز على
الاطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار والقول الثاني جوازه في السفر
دون الحضر والقول الثالث منع جوازه بالاطلاق وهو اشذها

والاقاويل

والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول عن مالك والسبب في اختلافهم ما يظن
من معارضة اية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للاثار التي وردت في المسح
مع تأخر اية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول فكان منهم من
يرى ان اية الوضوء ناسخة لتلك الاثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه
بما روى مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك انه روى انه راى النبي عليه الصلاة
والسلام يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما اسلمت
الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الاية والاثار تعارض
لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة انما هي للابس الخف وقيل
ان تأويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين واما من فرق بين السفر والحضر
فلان اكثر الاثار الصحيحة الواردة في مسحه عليه الصلاة والسلام انما كانت في السفر
مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف
فان نزعه مما يشق على المسافر واما تحديد المحل فاختلف فيه ايضا فقهاء الامصار فقال
قوم ان الواجب من ذلك مسح اعلى الخف وان مسح الباطن اعني اسفل الخف مستحب
ومالك احد من راى هذا والشافعي ومنهم من اوجب مسح ظهورهما وبطونهما وهو
مذهب ابن نافع من اصحاب مالك ومنهم من اوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح
البطون وهو مذهب ابي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ اشهب فقال ان الواجب
مسح الباطن او الاعلى ايهما مسح وسبب اختلافهم تعارض الاثار الواردة
في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان في ذلك اثرين متعارضين احدهما حديث
المغيرة بن شعبة وفيه انه رآه صلى الله عليه وسلم مسح اعلى الخف وباطنه والاخر
حديث علي لو كان الدين بالراي لكان اسفل الخف اولى بالمسح من اعلاه وقد رايت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين
الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب

ومن لم يقف حسنة وما ذهب مذهب الجمع اخذ اما بحديث علي واما بحديث المغيرة ومن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس اعني قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس او من جهة السند والاسعد في هذه المسالة هو مالك واما من اجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا اعلم له حجة فانه لا هذا الاثر اتبع ولا القياس استعمل اعني قياس المسح على الغسل واما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجوربين فاجاز ذلك قوم ومنع ذلك قوم وممن منع ذلك مالك والشافعي وابو حنيفة وممن اجاز ذلك ابو يوسف ومحمد صاحبا ابي حنيفة وسفيان الثوري وسبب اختلافهم في صحة الاثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام انه مسح على الجوربين والنعلين واختلافهم ايضا في هل يقاس على الخف غيره ام هي عبادة لا تقاس ولا تتعدى محلها فمن لم يصح عنده الحديث او لم يبلغه او لم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الاثر او جواز القياس على الخف اجاز المسح على الجوربين وهذا الاثر لم يخرجه الشيخان اعني البخاري ومسلما وصححه الترمذي ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف وبين الجورب عن مالك في المسح عليهما روايتان احداهما بالمنع والاخرى بالجواز واما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المخرق فقال مالك واصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيرا وحدد ابو حنيفة بما يكون الظاهر منه اقل من ثلاثة اصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى خفا وان تفاحش خرقه وممن روي عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي ان يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في احد القولين عنه وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر اعني ستر الخف القدمين ام هو لموضع المشقة في نزع الخفين فمن راه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المنخرق لانه اذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح

الى الغسل

الى الغسل ومن راى ان العلة في ذلك المشقة لم يعتبر الخرق ما دام يسمى خفا واما التفريق بين الخرق اليسير والكثير فاستحسان ورفع للحرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخروق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ولنقل عنهم قال المؤلف قلت هذه المسالة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم واما التوقيت فان الفقهاء ايضا اختلفوا فيه فراى مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخفين يمسح عليهما ما لم ينزعهما او تصبه جنابة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى ان ذلك موقت والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك ثلاثة احاديث احدها حديث علي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ايام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم والحديث الثاني حديث ابي بن عمارة انه قال يا رسول الله المسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعا قال امسح ما بدا لك خرجه ابو داود والطحاوي والحديث الثالث حديث صفوان بن عسال قال كنا في سفر فامرنا ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا من جنابة لكن من بول او نوم او غائط قلت اما حديث علي فصحيح خرجه مسلم واما حديث ابي بن عمارة فقال فيه ابو عمر بن عبد البر حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي ان يعارض به حديث علي واما حديث صفوان بن عسال فهو حديث وان كان لم يخرجه البخاري ولا مسلم فانه قد صححه قوم من اهل العلم كالترمذي وابو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث ابي كحديث علي وقد يحتمل ان يجمع بينهما بان يقال حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث ابي نص في ترك التوقيت لكن حديث ابي لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديث علي وصفوان وهو الاظهر الا ان دليل الخطاب

فيما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة لأن النواقض هي
الأحداث وأما شرط المسح على الخفين فهو أن تكون الرجلان طاهرتين بطهر
الوضوء وذلك شيء مجمع عليه إلا خلافا شاذا وقد روي عن ابن القاسم عن مالك
ذكره ابن لبابة في المنتخب وإنما قال به الأكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره إذ أراد أن
ينزع عنه الخف فقال عليه الصلاة والسلام دعهما فإني أدخلتهما طاهرتين وهما طاهرتان
والمخالف حمله على الطهارة اللغوية واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل
رجليه ولبس خفيه ثم أتم وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير الترتيب واجبا ورأى
أن الطهارة تصح لكل عضو قبل أن تكمل الطهارة لجميع الأعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى
الترتيب واجبا وأنه لا تصح طهارة العضو إلا بعد طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يجز
ذلك وبالقول الأول قال أبو حنيفة وبالثاني قال الشافعي ومالك إلا أن مالكا لم يمنع
ذلك من جهة الترتيب وإنما منعه من جهة أنه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو إلا بعد كمال
جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام وهما طاهرتان فأخبر عن الطهارة
الشرعية وفي بعض روايات المغيرة إذا أدخلت رجليك في الخف وهما طاهرتان فامسح
عليهما وعلى هذه الأصول يتفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجليه
وقبل أن يغسل الأخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لأنه لابس للخف قبل تمام الطهارة
وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق وقال أبو حنيفة والثوري والمزني والطبري وداود يجوز
له المسح وقال به جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم قد أجمعوا
على أنه لو نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من
شرط المسح على الخف أن لا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان وسبب اختلافهم
هل كما تنتقل طهارة القدم إلى الخف إذا ستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف
الأسفل الواجبة إلى الخف الأعلى ومن يشبهه فعلا جاز ومن لم ير العلة لم يجز ذلك
وأما نواقض هذه الطهارة فإنهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا

هل نزع

هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم إن نزعه وغسل قدميه فطهارته
باقية وإن لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك مالك
وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة إلا أن مالكا رأى أنه إن أخر ذلك استأنف الوضوء
على رأيه في وجوب الموالاة على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث
حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى وقال
الحسن بن حي إذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الأقوال الثلاثة
قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسألة هي مسكوت عنها وسبب اختلافهم
هل المسح على الخفين هو أصل بذاته في الطهارة أو هو بدل من غسل القدمين عند غيبتهما
في الخفين كما قطعت رجلاه بعد غسلهما وإن قلنا إنه بدل فيحتمل أن يقال إذا نزع الخف
بطلت الطهارة إن كنا نشترط الفور ويحتمل أن يقال إن غسلهما أجزأت الطهارة
إذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين ينزع الخف فضعيف وإنما هو شيء يتخيل
فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا الباب الباب الثالث في المياه والأصل في وجوب الطهارة
بالمياه قوله تعالى وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به وقوله تعالى فلم تجدوا ماء
فتيمموا صعيدا طيبا وأجمع العلماء على أن جميع أنواع المياه طاهرة في نفسها مطهرة
إلا ماء البحر فإن فيه خلافا في الصدر الأول شاذا وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق
له وبالأثر الذي خرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه
الحل ميتته وهو وإن كان حديثا مختلفا في صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك
أجمعوا على أن كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا أنه لا يسلبه صفة التطهير إلا خلافا
شاذا روي في الماء الآسن عن ابن سيرين وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء
المطلق له واتفقوا على أن الماء الذي غيرت النجاسة إما طعمه أو لونه أو ريحه
أو أكثر من واحد من هذه الأوصاف أنه لا يجوز به الوضوء وأن الماء الكثير المستبحر
لا تضره النجاسة التي لا تغير أحد أوصافه وأنه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه
من هذا الباب واختلفوا من ذلك في ست مسائل تجري مجرى القواعد والأصول

من هذا الباب المسألة الاولى اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير احد اوصافه
فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيرا او قليلا وهي احدى الروايات عن مالك وبه قال اهل
الظاهر وقال قوم بالفرق بين الكثير والقليل فقالوا ان كان قليلا كان نجسا وان كان
كثيرا لم يكن نجسا وهولاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب ابو حنيفة الى
ان الحد في هذا هو ان يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حرك احد طرفيه لم تسر الحركة
الى الطرف الثاني منه وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو
من خمسماية رطل ومنهم من لم يحد في ذلك حدا ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء
وان لم تغير احد اوصافه وهذا ايضا روي عن مالك وقد روي ايضا ان هذا الماء مكروه
فيتحصل عن مالك في الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة اقوال قول
ان النجاسة تفسده وقول انها لا تفسده الا ان يتغير احد اوصافه وقول انه مكروه
وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث
ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ احدكم من نومه
الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ايضا
حديث ابي هريرة الثابت منه عليه الصلاة والسلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم
ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره ايضا ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء
وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم واما حديث انس
الثابت ان اعرابيا قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لا تفسد قليل الماء اذ معلوم
ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث ابي سعيد الخدري كذلك ايضا خرجه
ابو داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقى من بير
بضاعة وهو بير يلقى فيها لحوم الكلاب والمحايض وعذرة الناس فقال
النبي صلى الله عليه وسلم ان الماء لا ينجسه شيء فرام العلماء الجمع بين هذه

الاحاديث

واختلفوا في طرق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث
الاعرابي وحديث ابي سعيد قال ان حديثي ابي هريرة غير معقولي المعنى وامتثال ما تضمناه
عبادة الا ان ذلك الماء لا ينجس حتى ان الظاهرية افرطت في ذلك فقالت لو صب البول
انسان في ذلك الماء من قدح لما كره التوضؤ به فجمع بينهما على هذا الوجه من قال بهذا القول
ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث بان حمل حديثي ابي هريرة
على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث ابي سعيد على ظاهره اعني على الاجزاء واما
الشافعي وابو حنيفة فجمعا بين حديثي ابي هريرة وحديث ابي سعيد بان حملا حديثي
ابي هريرة على الماء القليل وحديث ابي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي الى
ان الحد في ذلك الذي يجمع الاحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله ابن عمر عن ابيه خرجه ابو داود
والترمذي وصححه ابو محمد ابن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما
ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا واما ابو حنيفة فذهب
الى ان الحد في ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة في جميع الماء بسريان
الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن ان النجاسة لا يمكن فيها ان تسري في جميعه فالماء
طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابي المشهور معارض له ولا بد فلذلك لجات
الشافعية الى ان فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء
فقالوا ان ورد عليها الماء كما في حديث الاعرابي لم ينجس وان وردت النجاسة على
الماء كما في حديثي ابي هريرة نجس وقال جمهور الفقهاء هذا تحكم وله اذا تومل وجه
من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على ان النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء
الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم ان النجاسة لا تسري في جميع اجزايه وانه
يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد ان يتوهم ان قدرا
ما من الماء لو حله قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكان نجسا فاذا ورد ذلك
الماء على النجاسة جزءا فجزءا فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب

قبل فيه ذلك الماء، وعلى هذا يكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته الى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة اعني في وقوع الجزء الاخير الطاهر على اخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا اجمعوا على ان مقدار ما يتوضا به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب والبدن واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول في ذلك المقدار من الماء، واولى المذاهب عندي واحسنها طريقة في الجمع هو ان يحمل حديث ابي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث ابي سعيد وانس على الجواز لان هذا التاويل يبقي مفهوم الاحاديث على ظاهرها اعني حديثي ابي هريرة من ان المقصود بها تاثير النجاسة في الماء، وحد الكراهية عندي هو ما تعافه النفس وترى انه ماء خبيث وذلك ان ما يعاف الانسان شربه يجب ان يجتنب استعماله في القربة الى الله عز وجل وان يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله واما من احتج بانه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر احدا ابدا اذ كان يجب على هذا ان يكون المنفصل من الماء عن الشيء النجس المقصود تطهيره ابدا نجسا فقول لا معنى له لما بيناه من ان نسبة اخر جزء يرد من الماء على اخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة اليسيرة فاذا هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان في غاية التباين فهذا ما ظهر لنا في هذه المسالة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح اقوالهم فيها ولوددنا ان لو سلكنا في كل مسالة هذا المسلك لكن راينا ان هذا يقتضي طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذي قصدناه فان يسر الله فيه وكان لنا انفساح في العمر فسنتمم هذا الغرض.

المسالة الثانية الماء الذي خالطه زعفران او غيره من الاشياء الطاهرة التي تنفك منه غالبا متى غيرت احد اوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعي ومطهر عند ابي حنيفة ما لم يكن التغير

عن طبخ

عن طبخ وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذي خالطه امثال هذه الاشياء اعني هل يتناوله او لا يتناوله فمن راى انه لا يتناوله اسم الماء المطلق وانما يضاف الى الشيء الذي خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء انما يكون بالماء المطلق ومن راى انه يتناوله اعني اسم الماء المطلق اجاز به الوضوء ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شيء طاهر اتفقوا على انه لا يجوز الوضوء به وكذلك في مياه النبات المستخرجة منه الا ما في كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء العسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وخاصة متى تغير منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند امره اياها بغسل ابنته اغسلنها بماء وسدر واجعلن في الاخرة كافورا او شيئا من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث ينسلب منه اسم الماء المطلق وقد روي عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة والفرق بينهما فاجازه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة.

المسالة الثالثة الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك واصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال ابو ثور وداود واصحابه وشذ ابو يوسف فقال انه نجس وسبب الاختلاف في هذا ايضا ما يظن من انه ليس مما يتناوله اسم الماء المطلق حتى ان بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة احق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اصحابه يقتتلون على فضل وضوئه ولا بد ان يقع من الماء المستعمل في الاناء الذي فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه في الاغلب ليس ينتهي الى

ان يتغير احد اوصافه بزيت الاعضاء التي تغسل به فان انتهى فحكمه حكم الماء الذي
تغيرت احد اوصافه بشيء طاهر وان كان هذا تعافه النفوس اكثر ولهذا راى احمد
كراهيته واما من زعم انه نجس فلا دليل معه المسالة الرابعة اتفق العلماء على
طهارة اسار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيما عدا ذلك اختلافا كثيرا
فمنهم من زعم ان كل حيوان طاهر السؤر ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط
وهذان القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب
وهو مذهب الشافعي ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن
القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاسار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاسار مسئلة
نجسة وان كانت مكروهة فالاسار مكروهة وان كانت مباحة فالاسار
طاهرة واما سؤر المشرك فقيل انه نجس وقيل انه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو
مذهب ابن القاسم وكذلك عنده اسار جميع الحيوانات التي لا تتوقى النجاسة غالبا
مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة وسبب اختلافهم في ذلك هو
ثلاثة اشياء احدها معارضة القياس لظاهر الكتاب والثاني معارضته لظاهر الاثار
والثالث معارضة الاثار بعضها بعضا في ذلك اما القياس فهو انه لما كان الموت
من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب ان تكون الحياة هي
سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر
العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير و
المشرك وذلك ان الله تعالى يقول في الخنزير فانه رجس وما هو رجس في عينه فهو
نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل
قوله رجس على جهة الذم له واما المشرك ففي قوله تعالى انما المشركون نجس فمن حمل هذا
ايضا على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك القياس المشركين ومن اخرجه مخرج الذم لهم طرد
قياسه واما الاثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع اما الكلب فحديث

ابي هريرة

ابي هريرة رضي الله عنه المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا ولغ الكلب في
اناء احدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه اولاهن بالتراب وفي بعضها وعفروا
الثامنة بالتراب واما الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم طهور الاناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة او مرتين وقرة
ثقة عند اهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن ابيه قال سئل رسول الله
عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا واما تعارض
الاثار في هذا الباب فمنها انه روي عنه انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحياض
التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال لها ما حملت في بطونها ولكم ما غبر
شرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطئه وهو قوله يا صاحب الحوض
لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث ابي قتادة ايضا الذي خرجه مالك
ان كبشة سكبت له وضوءا فجاءت هرة لتشرب فاصغى لها الاناء حتى شربت ثم قالت
كبشة فرآني انظر اليه فقال اتعجبين يا ابنة اخي فقلت نعم فقال ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم او الطوافات
فاختلف العلماء في تاويل هذه الاثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب
مالك في الامر باراقة سؤر الكلب وغسل الاناء منه ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء
الذي يلغ فيه ليس بنجس ولم ير اراقة ما عدى الماء من الاشياء التي يلغ فيها الكلب في
المشهور عنه وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولانه ظن ايضا انه ان فهم منه
ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم
يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وايد هذا التاويل بما جاء في غسله
من العدد والنجاسات ليس يشترط في غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو
عبادة ولم يعرج على سائر تلك الاثار لضعفها عنده واما الشافعي فاستثنى
الكلب من الحيوان الحي وراى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه
هو النجس لا عينه فيما احسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى
الخنزير لمكان الاية المذكورة واما ابو حنيفة فانه زعم ان المفهوم من هذه

الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبيل تخصيص العموم وإن
هذا من باب الخاص أريد به العام فقال الأسآر تابعة للحوم الحيوان وأما بعض
الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الأحاديث الواردة في ذلك
وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر واستثنى من ذلك السباع فقط أما سؤر
الكلب فللعدد المشترط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث أبي قتادة
له إذ علل عدم نجاسة الهرة من أجل أنها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة فمصيرا
إلى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وإلى ترجيح حديث ابن عمر على
حديث عمر لما ورد في معناه ولمعارضة حديث أبي قتادة له بدليل الخطاب وذلك أنه لما
علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهم منه أن ما ليس بطواف وهي السباع
فأسآرها محرمة وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا
بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطا في طهارة الإناء الذي ولغ فيه لأنه عارض
ذلك عنده القياس في غسل النجاسات أعني أن المعتبر فيها إنما هو إزالة العين فقط
وهذا على عادته في رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الأصول عنده ولم يستعمل ما
عارضته منه الأصول وعضد ذلك بأنه استعمل منه ما لم تعارضه الأصول مذهب
أبي هريرة الذي روى هذا الحديث فهذه هي الأشياء التي حركت الفقهاء إلى هذا الاختلاف
الكثير في هذه المسألة وقادتهم إلى الافتراق فيها والمسألة اجتهادية محضة
يعسر أن يوجد فيها ترجيح ولعل الأرجح أن يستثنى من طهارة أسآر الحيوان
الكلب والخنزير والمشرك لصحة الآثار الواردة في الكلب ولأن ظاهر الكتاب أولى أن
يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر الحديث وعليه
أكثر الفقهاء أعني على القول بنجاسة سؤر الكلب فإن الأمر بإراقة ما ولغ فيه الكلب
مخيل ومناسب في الشرع لنجاسة الماء الذي ولغ فيه أعني أن المفهوم بالعادة
في الشرع من الأمر بإراقة الشيء وغسل الإناء منه هو لنجاسة الشيء وما اعترضوا
به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الإناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون
الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها وقد ذهب جدي

رحمة

رحمة الله في كتاب المقدمات إلى أن هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من
قبل النجاسة بل من قبل ما يتوقع أن يكون الكلب الذي ولغ في الإناء كلبا فيخاف
من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فإن هذا
العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداواة من الأمراض وهذا
الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فإنه إذا قلنا إن ذلك الماء غير
نجس فالأولى أن يعطى علة في غسله من أن يقال إنه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه
وقد اعترض عليه فيها بعض الناس بأن قال إن الكلب الكلب لا يقرب الماء
في حين كلبه وهذا الذي قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلب لا في مبادئها
وفي أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضا فإنه ليس في الحديث ذكر الماء وإنما فيه
ذكر الإناء ولعل في سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعني قبل أن يستحكم به الكلب
ولا يستنكر ورود مثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في الذباب إذا وقع
في الطعام أن يمقل وتعليل ذلك بأن في أحد جناحيه داء وأما ما قيل في المذهب من أن
هذا الكلب هو الكلب المنهي عن اتخاذه أو الكلب الحضري فضعيف وبعيد من هذا
التعليل إلا أن يقول قائل إن ذلك أعني النهي من باب التحريم في اتخاذه المسألة
الخامسة اختلف العلماء في أسآر الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم إلى أن أسآر
الطهر طاهرة بإطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وذهب آخرون إلى أنه
يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون
إلى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنبا أو حائضا وذهب
آخرون إلى أنه لا يجوز لأحدهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرعا معا وقال قوم
لا يجوز وإن شرعا معا وهو مذهب أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار
وذلك أن في ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان
يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من إناء واحد والثاني حديث ميمونة أنه اغتسل
بفضلها والثالث حديث الحكم الغفاري أن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله

بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يغتسل الرجل بفضل المراة والمراة
بفضل الرجل ولكن يشرعا معا فذهب العلماء في تاويل هذه الاحاديث مذهبين
مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعضها والترجيح في بعضها اما من رجح حديث اغتسال
النبي عليه الصلاة والسلام مع ازواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما
اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين ان يغتسلا معا او يغتسل كل واحد
منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معا كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه او
صحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على احاديث الغفاري فقال بطهر الآسار
على الاطلاق واما من رجح حديث الغفاري على حديث ميمونة وهو مذهب احمد
بن حنبل وجمع بين حديث الغفاري وحديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم
مع ازواجه من اناء واحد بان فرق بين الاغتسال معا وبين ان يغتسل احدهما
بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط اجاز للرجل ان يتطهر مع المراة من
ماء واحد ولم يجز ان يتطهر هو من فضل طهرها واجاز ان تتطهر هي من فضل
طهره واما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة
فانه اخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن ان يجمع عليه حديث الغفاري
وحديث غسل النبي صلى الله عليه والسلام مع ازواجه من اناء واحد ويكون
فيه زيادة وهو ان لا تتوضا المراة بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة
وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواته قال
فيه اكثر ظني او اكثر علمي ان ابا الشعثاء حدثني واما من لم يجز لواحد منهما ان يتطهر
بفضل صاحبه ولا يشرعا معا فلعله لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم
الغفاري وقاس الرجل على المراة واما من نهى عن سؤر المراة الجنب والحائض
فقط فلست اعلم له حجة الا انه مروي عن بعض السلف احسبه عن ابن عمر
المسالة السادسة صار ابو حنيفة من بين معظم اصحابه وفقهاء الامصار
الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم

هل معك

هل معك من ماء فقال معي نبيذ في اداوتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصبب فتوضا
به وقال شراب وطهور وحديث ابي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله
وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب
الى الصحابة علي وابن عباس وانه لا مخالف له من الصحابة فكان كالاجماع عندهم
ورد اهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روي من طرق
اوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة
الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
طيبا قالوا فلم يجعل ها هنا وسطا بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة
والسلام الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر حجج فاذا وجد
الماء فليمسه بشرته ولهم ان يقولوا ان هذا قد اطلق عليه في الحديث اسم الماء
والزيادة لا تقتضي نسخا فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم ان الزيادة
نسخ

الباب الرابع في نواقض الوضوء

والاصل في هذا الباب قوله تعالى
او جاء احد منكم من الغائط وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من
احدث حتى يتوضا واتفقوا في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط
والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك اذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق
بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجري مجرى القواعد لهذا الباب المسالة
الاولى اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس
على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج من النجس وحده من اي موضع خرج
وعلى اي جهة خرج وهو ابو حنيفة واصحابه واحمد والثوري وجماعة ولهم من
الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء
كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقيء الا البلغم عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة انه اذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر احد من
هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد واعتبر قوم آخرون المخرجين السبيلين الذكر والدبر

فقال كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من اي شيء خرج من دم او حصاة
او بلغم وعلى اي وجه خرج على سبيل الصحة او على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعي
واصحابه ومحمد بن عبد الحكم من اصحاب مالك واعتبر آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج
فقالوا كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي
والريح اذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصاة والدود
وضوءا ولا في السلس وممن قال بهذا القول مالك وجل اصحابه والسبب في اختلافهم انه
لما اجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول
ومذي وريح لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق الى ذلك ثلاثة احتمالات
احدها ان يكون الحكم انما علق باعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رواه مالك
رحمه الله والاحتمال الثاني ان يكون الحكم انما علق بهذه من جهة انها انجاس خارجة
من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس والاحتمال الثالث
ان يكون الحكم ايضا انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على
هذين القولين الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحاديث المجتمع عليها انما
هو من باب الخاص اريد به العام ويكون عند مالك واصحابه انما هو من باب الخاص
المحمول على خصوصه فالشافعي وابو حنيفة اتفقا على ان الامر بها هو من باب الخاص
اريد به العام واختلفا اي عام هو الذي قصد به ومالك يرجح مذهبه بان الاصل هو
ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي يحتج بان
المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذي يخرج
من اسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة فكان
هذا تنبيه على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة والرائحة
وابو حنيفة يحتج لان المقصود من ذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة
في الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبها من الطهارة
المعنوية اعني طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

قاء

قاء فتوضأ وما روي من امره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان
المفهوم من هذا كله عند ابي حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وابو حنيفة على
ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لامره صلى الله عليه وسلم
بالوضوء عند كل صلاة للمستحاضة والاستحاضة مرض واما مالك فرأى ان المرض له ههنا
تاثير في الرخصة قياسا ايضا على ما روي ان المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك ان حديث
فاطمة بنت ابي حبيش هذا متفق على صحته ويختلف في هذه الزيادة فيه اعني الامر بالوضوء
لكل صلاة ولكن صححها ابو عمر بن عبد البر وقياسا على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل
ما روي ان عمر رضي الله عنه صلى وجرحه يثعب دما. المسألة الثانية اختلف العلماء
في النوم على ثلاثة مذاهب فقوم راوا انه حدث فاوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم
راوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر
الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى ان بعض السلف كان يوكل بنفسه
اذا نام من يتفقد حاله اعني هل يكون منه حدث ام لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف
والكثير المستثقل فاوجبوا في الكثير الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور
ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال من النوم اكثر من بعض وكذلك
خروج الحدث اختلف العلماء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا او ساجدا فعليه
الوضوء طويلا كان او قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه الا ان يطول ذلك به واختلف
القول في مذهبه في الراكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد
واما الشافعي فقال على كل نائم كيف ما نام مضطجعا واصل اختلافهم في هذه المسالة
اختلاف الآثار الواردة في ذلك ان ههنا احاديث يوجب ظاهرها انه ليس في
النوم وضوء اصلا كحديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل على
ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه وصلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة

والسلام اذا نعس احدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فانه لعله يذهب ان
يستغفر ربه فيسب نفسه وما روي ايضا ان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا
ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها اثار ثابتة
وههنا ايضا احاديث يوجب ظاهرها ان النوم حدث وابينها في ذلك حديث صفوان
بن عسال وذلك انه قال كنا في سفر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرنا ان لا ننزع
اخفافنا من غائط وبول ونوم ولا ننزعها الا من جنابة فسوى بين البول والغائط والنوم
صححه الترمذي ومنها حديث ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ
احدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوئه فان ظاهره ان النوم يوجب الوضوء
قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر اية الوضوء عند من كان المعنى عنده في قوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة اي اذا قمتم من النوم على ما روي عن زيد بن اسلم
وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الاثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب
الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح اما اسقط وجوب الوضوء من النوم
اصلا على ظاهر الاحاديث التي تسقطه واما ان اوجبه من قليله وكثيره على ظاهر
الاحاديث التي توجبه ايضا اعني على حسب ما ترجح عنده من هذه الاحاديث ومن ذهب
مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على
القليل وهذا كما قلنا مذهب الجمهور والجمع من الترجيح ما امكن الجمع عند اكثر الاصو ليين
واما الشافعي فانما حملها على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح
عن الصحابة اعني انهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون وانما اوجبها ابو حنيفة
في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة والسلام
قال انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر واما مالك فلما
كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث يكون غالبا سببا للحدث راعى فيه

ثلاثة اشياء الاستثقال والهيئة التي يكون منها خروج الحدث غالبا والطول
او الاستثقال واشتراطه ذلك في الهيئة التي يكون خروج الحدث غالبا منها
غالبا المسألة الثالثة اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد
او بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى ان من لمس امراته بيده مفضيا
اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم
لمس ما وسواء التذ ام لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعي واصحابه الا انه مرة
فرق بين اللامس والملموس فاوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة ايضا
فرق بين ذوات المحارم والزوجة فاوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم
ومرة سوى بينهما وذهب اخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة
او قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بحائل او بغير حائل باي عضو اتفق ما عدا
القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة في ذلك وهو مذهب مالك وجمهور اصحابه ونفى قوم
ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب ابي حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا شتراط
اللذة فانه لا اذكر احدا من الصحابة اشترطها وسبب اختلافهم في هذه المسألة
اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فان العرب مرة تطلقه على اللمس الذي هو
باليد ومرة تكني به عن الجماع فذهب قوم الى ان اللمس الموجب للطهارة في اية الوضوء
هو الجماع في قوله تعالى او لامستم النساء فلم تجدوا ماء وذهب اخرون الى انه اللمس
باليد ومن هؤلاء من راى انه من باب العام اريد به الخاص فاشترط فيه اللذة
ومنهم من راه من باب العام اريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط
اللذة فانما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الاية من ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج اهل الحديث حديث
حبيب ابن ابي ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قبل

بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضا فقلت من هي الا انت فضحكت قال ابو عمر هذا
الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال قال وروي هذا الحديث
ايضا من طريق معبد بن نباتة وقال الشافعي ان ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة
لم ار فيها ولا في اللمس وضوءا وقد احتج من اوجب الوضوء من اللمس باليد بان اللمس
ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازا على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين
الحقيقة والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولاولئك
ان يقولوا ان المجاز اذا كثر استعماله كان ادل على المجاز منه على الحقيقة كالحال
في اسم الغائط الذي هو ادل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذي
هو فيه حقيقة والذي اعتقده ان اللمس وان كانت دلالته على المعنيين بالسواء
او قريبا من السواء انه اظهر عندي في الجماع وان كان مجازا لان الله تبارك وتعالى قد كنى
بالمباشرة والمس عن الجماع وهما في معنى اللمس وعلى هذا التاويل في الاية يحتج
بها في اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تاخير على ما سياتي بعد فترتفع
المعارضة التي بين الاثار والاية على التاويل الاخر واما من فهم من الاية اللمسين
معا فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك فانما تقصد به معنى واحدا
من المعاني التي يدل عليها لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم
صح المسالة الرابعة مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من راى
الوضوء فيه كيفما مسه وهو مذهب الشافعي واصحابه واحمد وداود ومنهم
من لم ير فيه وضوءا اصلا وهو ابو حنيفة واصحابه ولكلا الفريقين سلف من
الصحابة والتابعين وقوم فرقوا بين ان يمسه بحال او لا يمسه بتلك الحال
وهؤلاء افترقوا فرقا فمنهم من فرق فيه بين ان يلتذ او لا يلتذ ومنهم
من فرق بين ان يمسه بباطن الكف ولم يوجبوه مع اللمس بظاهرها وهذان

الاعتباران

الاعتباران مرويان عن اصحاب مالك وكان اعتبار الباطن راجعا الى اعتبار سبب
اللذة وفرق قوم في ذلك بين العمد والنسيان فاوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم
يوجبوه مع النسيان وهو مروي عن مالك وهو قول داود واصحابه وراى قوم
ان الوضوء من مسه سنة لا واجب قال ابو عمر وهذا الذي استقر من مذهب مالك
عند اهل المغرب من اصحابه والرواية فيه عنه مضطربة وسبب اختلافهم في ذلك
ان فيه حديثين متعارضين احدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا مس احدكم ذكره فليتوضا وهو اشهر
الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر اخرجه مالك في الموطا وصححه
يحيى بن معين واحمد بن حنبل وضعفه اهل الكوفة وقد روي ايضا معناه من طريق
ام حبيبة وكان احمد بن حنبل يصححه وقد روي ايضا من طريق ابي هريرة وكان السبكى
ايضا يصححه ولم يخرجه البخاري ولا مسلم والحديث الثاني المعارض له حديث طلق
بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءه رجل كانه بدوي فقال
يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضا فقال وهل هو الا بضعة منك
خرجه ايضا ابو داود والترمذي وصححه كثير من اهل العلم الكوفيون وغيرهم
فذهب العلماء في هذه الاحاديث احد مذهبين اما مذهب الترجيح او النسخ واما
مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة او راه ناسخا لحديث طلق بن علي قال بايجاب
الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث طلق بن علي اسقط وجوب الوضوء من مسه
ومن رام ان يجمع بين الحديثين اوجب الوضوء منه في حال ولم يوجبه في حال او حمل
حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات
التي يحتج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي
موجودة في كتبهم ولكن نكتة ان اختلافهم هو ما اشرنا اليه المسالة الخامسة
اختلف الصدر الاول في ايجاب الوضوء من اكل ما مسته النار لاختلاف الاثار
الواردة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الامصار

فحمل الحديث الاول على سقوطه اذا صح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث
جابر انه قال كان اخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مسته
النار خرجه ابو داود ولكن ذهب قوم من اهل الحديث احمد واسحق وطائفة
غيرهم ان الوضوء يجب فقط من اكل لحوم الجزر لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه
عليه الصلاة والسلام المسألة السادسة شذ ابو حنيفة فاوجب الوضوء
من الضحك في الصلاة لمرسل ابي العالية وهو ان قوما ضحكوا في الصلاة فامرهم
النبي صلى الله عليه والسلام باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث
لكونه مرسلا ولمخالفته للاصول وهو ان يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة
ولا ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح المسألة السابعة وقد شذ قوم
فاوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه اثر ضعيف من غسل ميتا فليغتسل ومن
حمله فليتوضأ وينبغي ان تعلم ان جمهور العلماء اوجبوا الوضوء من زوال العقل
باي نوع كان من قبل اغماء او جنون او سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم
اعني انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة هو سبب الحدث غالبا
وهو الاستثقال فاحرى ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هي مسائل هذا
الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي ان نصير الى الباب
الخامس وهو معرفة الافعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في
هذا الباب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة الاية وقوله عليه
الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق
المسلمون على ان الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كان اختلفوا
هل هي شرط من شروط الصحة او من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك
شرط في جميع الصلوات الا في صلاة الجنازة وفي سجود التلاوة فان فيه
خلافا شاذا والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على
الجنازة وعلى سجود التلاوة فمن ذهب الى ان اسم الصلاة منطلق على

صلاة

صلاة الجنازة والتلاوة على السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة
فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق عليهما اذ كانت صلاة الجنازة ليس فيها ركوع
ولا سجود وكان السجود ايضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترط هذه الطهارة
فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسألة اربع مسائل احدها هل هذه الطهارة
شرط في مس المصحف ام لا فذهب مالك وابو حنيفة والشافعي الى انها شرط في مس
المصحف وذهب اهل الظاهر الى انها ليست بشرط والسبب في اختلافهم تردد مفهوم
قوله تعالى لا يمسه الا المطهرون بين ان يكون المطهرون هم بنو ادم وبين ان يكونوا
هم الملائكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهومه النهي وبين ان يكون خبرا لا نهيا فمن فهم
من المطهرين بني ادم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر
ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الاية دليل
على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا
من سنة ثابتة بقي الامر عنده على البراءة الاصلية وهي الاباحة وقد احتج الجمهور
لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الا يمس القران الا طاهر
واحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لانها صحيفة ورأيت ابن المعوز
يصححها لانها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك احاديث عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده واهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير
طهر لانهم غير مكلفين المسألة الثانية اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب
في احوال احدها اذا اراد ان ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون
وجوبه وذهب اهل الظاهر الى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم
من حديث عمر انه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو
ايضا مروي عنه من طريق عائشة وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على الندب

والعدول عن ظاهره لمكان عدم مناسبة وجوب الطهارة لارادة النوم اعني المناسبة الشرعية
وقد احتجوا ايضا لذلك باحاديث اثبتها حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم خرج من الخلاء فاتي بطعام فقالوا الا ناتيك بوضوء فقال اصلي فاتوضا وفي بعض
رواياته فقيل الا تتوضا فقال ما اردت الصلاة فاتوضا والاستدلال به ضعيف
فانه من مفهوم الخطاب من اضعف انواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه
الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا انه حديث ضعيف وكذلك
اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد ان ياكل او يشرب وعلى الذي يريد
ان يعاود اهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه
الاشياء وذلك ان الطهارة انما فرضت في الشرع لاجل التعظيم كالصلاة وايضا فلمكان
تعارض الاثار في ذلك وذلك انه روي عنه عليه الصلاة والسلام انه امر الجنب اذا اراد
ان يعاود اهله ان يتوضا وروي عنه اباحة ذلك المسالة الثالثة ذهب مالك والشافعي
الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب ابو حنيفة الى اسقاطه وسبب اختلافهم تردد
الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة او لا يلحق وذلك انه ثبت ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فاشبه الصلاة من هذه الجهة
وقد جاء في بعض الاثار تسمية الطواف صلاة المسالة الرابعة ذهب الجمهور الى انه
يجوز لغير متوضئ ان يقرا القران ويذكر الله وقال قوم لا يجوز له ذلك الا ان يتوضا
وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان احدهما حديث ابي جهيم قال اقبل رسول الله
صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى
اقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه السلام والحديث الثاني
حديث علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجزه عن قراءة القران
شيء الا الجنابة فصار الجمهور الى ان الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من اوجب
الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول القول في الغسل والاصل في هذه الطهارة

قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والكلام المحيط بقواعد هذه الطهارة ينحصر بعد المعرفة
بوجوبها وعلى من تجب في اربعة ابواب الباب الاول في معرفة العمل في هذه الطهارة
والثاني في معرفة نواقضها والثالث في احكام نواقضها والرابع في معرفة ما تفعل به
هذه الطهارة فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف في ذلك وكذلك
لا خلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها الباب
الاول وهذا الباب تتعلق به اربع مسائل المسالة الاولى اختلف هل من شرط هذه
الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة اعضاء الوضوء ام يكفي فيها افاضة
الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه عليه فاكثر العلماء على ان افاضة الماء كافية
في ذلك وذهب مالك وجل اصحابه والمزني من اصحاب الشافعي الى انه ان فات المتطهر
موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل والسبب في اختلافهم
اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظواهر الاحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله
عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيهما ذكر التدلك وانما فيهما
افاضة الماء فقط ففي حديث عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا
اغتسل من الجنابة بدا فغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه
ثم يتوضا وضوء الصلاة ثم ياخذ الماء فيدخل اصابعه في اصول الشعر ثم يصب على
راسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء فيدخل اصابعه على جلده كله والصفة الواردة
في حديث ميمونة قريبة من هذه الا انه اخر غسل رجليه من اعضاء الوضوء الى اخر الطهر
وفي حديث ام سلمة ايضا وقد سالته عليه الصلاة والسلام هل تنقض ضفر راسها
لغسل الجنابة فقال عليه الصلاة والسلام انما يكفيك ان تحثي الماء على راسك
ثلاث حثيات ثم تفيضي عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو اقوى في
اسقاط التدلك من تلك الاحاديث الاخر لانه يمكن ان يكون هنالك الواصف لطهره
قد ترك التدلك واما هاهنا فانما [illegible] شرط الطهارة ولذلك اجمع العلماء

على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي اكمل صفاتها وان ما ورد
في حديث ام سلمة من ذلك هو من اركانها الواجبة وان الوضوء في اول الطهر ليس من شرط
الطهارة ومن ذهب كما قلنا قوم الى ظاهر الاحاديث وعلموا ذلك على قياسها على الوضوء
فلم يوجبوا التدلك وغلب الآخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه
الاحاديث فاوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التدلك
ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار الى اسقاط التدلك اعني بالقياس قياس
الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين جميعا على حد السواء المسألة
الثانية اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة النية ام لا كاختلافهم في الوضوء فذهب
مالك والشافعي واحمد وابو ثور وداود واصحابه الى ان النية من شرطها وذهب
ابو حنيفة واصحابه والثوري الى انها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء عندهم وسبب
اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك المسألة
الثالثة اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة ايضا كاختلافهم فيهما
في الوضوء اعني هل هما واجبتان ام لا فذهب قوم الى انهما غير واجبتين فيهما وذهب
قوم الى وجوبهما وممن ذهب الى عدم وجوبهما مالك والشافعي وممن ذهب الى
وجوبهما ابو حنيفة واصحابه وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ام سلمة للاحاديث
التي نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك ان الاحاديث
التي نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام في الطهر فيها المضمضة و
الاستنشاق ومن جعله معارضا فجمع بينهما بان جعل حديث عائشة وميمونة
على الندب وحديث ام سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تخليل
الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة ام لا ومذهب مالك انه مستحب ومذهب غيره
انه واجب وقد عضد مذهب من اوجب التخليل بما روي عنه عليه الصلاة والسلام
انه قال تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبلوا الشعر المسألة الرابعة

وحديث ام سلمة ليس فيه المضمضة ولا الاستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة [illegible]

اختلفوا

اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب ام ليسا من شرطها كاختلافهم
في ذلك في الوضوء وسبب اختلافهم هل فعله عليه الصلاة والسلام في ذلك محمول
على الوجوب او على الندب فانه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ
قط الا مرتبا متواليا وقد ذهب قوم الى ان الترتيب في هذه الطهارة ايسر منها في
الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ام سلمة
انما يكفيك ان تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضي الماء على جسدك والواو لا
تقتضي الترتيب بالاتفاق بين اهل اللغة الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه
الطهارة والاصل في هذا الباب قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وقوله تعالى
ويسألونك عن المحيض قل هو اذى الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة
من حدثين احدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم او في اليقظة ذكرا او انثى
الا ما روي عن النخعي اعني انه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام وانما اتفق
الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل لحديث ام سلمة الثابت انها قالت
يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال نعم
اذا رأت الماء واما الحدث الثاني الذي اتفقوا ايضا عليه فهو دم الحيض اذا
انقطع وذلك ايضا لقوله تعالى ويسألونك عن المحيض الآية ولتعليمه الغسل
من المحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجري مجرى
الاصول في مسألتين مشهورتين المسألة الاولى اختلف الصحابة رضي الله عنهم
في سبب ايجاب الطهر من الوطء فمنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين
انزل او لم ينزل ومنهم من اوجبه مع الانزال فقط واكثر فقهاء الامصار مالك واصحابه
والشافعي واصحابه وجماعة من اهل الظاهر على ايجاب الطهر من التقاء الختانين
وذهب قوم من اهل الظاهر الى ايجاب الطهر من الانزال فقط والسبب في اختلافهم
في ذلك تعارض الاحاديث في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان اتفق اهل الصحيح

على نحو جهدها ومثى قلت ثابت فانما اعني به ما خرجه البخاري ومسلم او ما اتفقا عليه
احدهما حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا قعد بين شعبها
الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان انه
سئل فقيل له ارايت الرجل اذا جامع اهله ولم يمن قال عثمان يتوضا كما يتوضا
سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين
احدهما مذهب النسخ والثاني مذهب الرجوع الى ما عليه الاتفاق عند التعارض فالذي
لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور راوا ان حديث ابي هريرة ناسخ لحديث عثمان
ومن الحجة لهم ما روي عن ابي بن كعب انه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
انما جعل ذلك رخصة في اول الاسلام ثم امر بالغسل خرجه ابو داود واما من راى
ان التعارض فيما بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب
الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث
ابي هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع ان مجاوزة الختان توجب
الحد وجب ان يكون هو الموجب للطهر وحكوا ان هذا القياس ماخوذ من الخلفاء الاربعة
ورجح الجمهور ذلك ايضا من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم خرجه مسلم المسالة الثانية اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في
كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعي
الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة او بغير لذة وسبب اختلافهم
في ذلك هو شيئان احدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذي اجنب على الجهة
المعتادة او ليس ينطلق عليه فمن راى انه انما ينطلق على الذي اجنب على طريق العادة
لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن راى انه ينطلق على خروج المني كيفما
خرج اوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة والثاني تشبيهه خروجه بغير لذة
بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهرا
او ليس

او ليس يوجبه فيشترك ذلك مع باب الحيض وان كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع
وهو اذا انتقل من اصل مجاريه بلذة ثم خرج في وقت اخر بغير لذة مثل ان يخرج من المجامع
بعد ان يغتسل فقيل يعيد الطهر وقيل لا يعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج في بعض
نقله ولم تصحبه في بعضه فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم
اللذة مصاحبته اللذة قال لا يجب الباب الثالث في احكام هذين الحدثين اعني
الحيض والجنابة اما احكام الحدث الذي هو الجنابة ففيه ثلاث مسائل المسالة الاولى
اختلف العلماء في دخول الجنب المسجد على ثلاثة اقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو
مذهب مالك واصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعابر فيه لا مقيم منهم الشافعي وقوم اباحوا
ذلك للجميع ومنهم داود واصحابه فيما احسب وسبب اختلاف الشافعي واهل الظاهر
هو تردد قوله تبارك وتعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى والاية بين
ان يكون في الاية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة اي لا تقربوا
موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهي عن قرب موضع الصلاة وبين ان يكون
هنالك محذوف اصلا وتكون الاية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذي
عدم الماء وهو جنب فمن راى في الاية محذوفا اجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم ير ذلك
لم يكن في الاية عنده دليل على منع الجنب الاقامة في المسجد واما من منع العبور في المسجد
فلا اعلم له دليلا الا ظاهر ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا احل المسجد لجنب
ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند اهل الحديث قال المولف والحجة عندي في ذلك انما
هي في حديث ام عطية الثابت وهو انها قالت امرنا النبي صلى الله عليه وسلم ان نخرج
في العيدين فيخرج الحيض والعواتق وذوات الخدور فاما الحيض فيشهدن جماعة
المسلمين ودعوتهم ويعتزلن مصلاهم لانه حديث متفق عليه والحديث الاول مختلف
فيه واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب المسالة الثانية مس

الجنب المصحف فذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا ان يمسه
غير متوضئ وسبب اختلافهم في منع غير المتوضئ ان يمسه اعني قوله تعالى لا يمسه
الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الاية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم
في منع الحائض مسه المسالة الثالثة قراءة القرآن للجنب اختلف الناس في ذلك
فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى اباحة ذلك والسبب في ذلك الاحتمال المتطرق
الى حديث علي انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعه من قراءة القرآن
شيء الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئا لانه ظن من الراوي ومن اين
يعلم احد ان تركه القراءة كان لموضع الجنابة الا لو اخبره بذلك عليه الصلاة والسلام والجمهور
راوا انه لم يكن ليقول علي رضي الله عنه هذا عن توهم ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم
جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فاجازوا للحائض
القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضا وهو مذهب مالك فهذه هي احكام
الجنابة واما احكام الدماء الخارجة من الرحم فالكلام المحيط باصولها ينحصر في
ثلاثة ابواب احدها معرفة انواع الدماء الخارجة من الرحم والثاني معرفة العلامات
التي تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر والاستحاضة ايضا الى
الطهر والباب الثالث معرفة احكام الحيض والاستحاضة اعني موانعهما وموجباتهما
ونحن نذكر في كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل ما يجري مجرى القواعد
والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا
فيه الباب الاول اتفق المسلمون على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة دم
حيض وهو الخارج على جهة الصحة ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض
وانه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام انما ذلك عرق وليس بالحيضة
ودم نفاس وهو الخارج مع الولد الباب الثاني واما معرفة علامات

انتقال

انتقالها من هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة
ذلك في الاكثر تنبني على معرفة ايام الدماء المعتادة وايام الاطهار ونحن نذكر منها ما
يجري مجرى الاصول وهي سبع مسائل المسالة الاولى اختلف العلماء في اقل ايام
الحيض واكثرها فروي عن مالك ان اكثر ايام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعي
وقال ابو حنيفة اكثره عشرة ايام واما اقل ايام الحيض فلا حد له عند مالك بل قد تكون الدفعة
الواحدة عنده حيضا الا انه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي اقله يوم وليلة وقال
ابو حنيفة اقله ثلاثة ايام واما اقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروي عنه
عشرة ايام وروي عنه ثمانية ايام وروي عنه خمسة عشر يوما والى هذه الرواية مال
البغداديون من اصحابه وبه قال الشافعي وابو حنيفة وقيل سبعة عشر وهو اقصى
ما انعقد عليه الاجماع فيما احسب واما اكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا
موضوعا من اقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده حد معلوم وجب ان يكون ما كان
اقل من ذلك القدر اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لاقل الحيض عنده
قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضا ومن كان ايضا عنده اكثر الحيض محدود
وجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر استحاضة ولكن محصل مذهب مالك في ذلك ان النساء
على ضربين مبتداة ومعتادة فالمبتداة تترك الصلاة برؤية اول الدم فتتمادى
الى خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي
انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا اقل الحيض عنده وهو يوم وليلة
وقيل عن مالك انها ايام عادة لداتها تستظهر بثلاثة فان لم ينقطع الدم فهي
مستحاضة واما المعتادة ففيها روايتان عن مالك احداهما البناء على
عادتها وزيادة ثلاثة ايام ما لم تجاوز اكثر مدة الحيض والرواية الاخرى جلوسها
الى انقضاء اكثر مدة الحيض او تعمل على التمييز ان كانت من اهل التمييز وقال

وقال الشافعي تعمل على ايام عادتها وسبب هذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند
الفقهاء في اقل الحيض واكثره وفي اقل الطهر انه لا مستند لها الا التجربة والعادة وكل انما
قال من ذلك ما ظن ان التجربة اوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر ان يعرف
بالتجربة حدود هذه الاشياء في اكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما اجمعوا
بالجملة على ان الدم اذا تمادى اكثر من مدة اكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله
عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت ابي حبيش فاذا اقبلت الحيضة فاتركي الصلاة
فاذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي والمتجاوزة لاكثر ايام الحيض قد ذهب
عنها قدرها وانما صار الشافعي ومالك رحمهما الله في المعتادة في احدى الروايتين عنه
الى انها تبني على عادتها لحديث ام سلمة الذي رواه في الموطا ان امراة كانت تهراق
الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها ام سلمة رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال لتنظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر
قبل ان يصيبها الذي اصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك
فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل فالحقوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة
بحكم المستحاضة التي تشك في الحيض واما راي ابي ضاع المبتداة ان تعتبر ايام لداتها
لان ايامهن اشبه بايامها فحكم بجعل حكمهما واحدا واما الاستظهار الذي
قال به مالك بثلاثة ايام فهو شيء انفرد به مالك واصحابه رحمهم الله وخالفهم
في ذلك جميع فقهاء الامصار ما عدا الاوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث الثابتة
وقد روي في ذلك اثر ضعيف المسألة الثانية ذهب مالك واصحابه في الحائض
التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوما او يومين وتطهر يوما او يومين الى انها
تجمع ايام الدم بعضها الى بعض وتلغي ايام الطهر وتغتسل في كل يوم اذا رات
الطهر وتغلس في كل يوم ترى جميع الدم اول ما تراه وتصلي فانه لا تدري لعل ذلك

فهي فاذا اجتمع لها من ايام الدم خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول
قال الشافعي وروى مالك ايضا انها تلغي ايام الدم وتعتبر بذلك ايام عادتها
فان ساوتها استظهرت بثلاثة ايام فان انقطع الدم والا فهي مستحاضة
وجعله الايام التي لا ترى الدم فيها غير معتبرة في العدد لا معنى له فانه لا يخلو
تلك الايام ان تكون ايام حيض او ايام طهر فان كانت ايام حيض فيجب ان تلفقها
الى ايام الدم وان كانت ايام طهر فليس يجب ان تلفق ايام الدم اذ كان قد تخللها
طهر والذي يجب على اصوله انها ايام حيض لا ايام طهر اذ اقل الطهر عنده محدود وهو
اكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم
النفاس يجري ساعة او ساعتين ثم ينقطع وانما توهموا ذلك لانهم ظنوا ان الحيض
كمية معدودة في النساء وان ذلك الدم يفيض في ايام معدودة اذ المبق فيها الدم
فلما وجدوا ايامها لا يفيض فيها الدم يتخلل عدة تلك الايام المامور بالصلاة
فيها احتاطوا الا يكون الدم فيها قد انقطع واعتدت بعدد الايام التي تفيض فيها
الدم وبقدر الفترة ما بينهما المسألة الثالثة اختلفوا في اقل النفاس واكثره
فذهب مالك الى انه لا حد لاقله وبه قال الشافعي وذهب ابو حنيفة وغيره الى انه
محدود فقال ابو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال ابو يوسف صاحبه احد عشر
يوما وقال الحسن البصري عشرون يوما واما اكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما
ثم رجع عن ذلك فقال يسال عن ذلك النساء واصحابه ثابتون على القول
الاول وبه قال الشافعي واكثر اهل العلم من الصحابة ان اكثره اربعون يوما
وبه قال ابو حنيفة وقد قيل تعتبر المراة في ذلك ايام اشباهها من النساء
فاذا جاوزتها فهي مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثى فقالوا
للذكر ثلاثون يوما وللانثى اربعون يوما وسبب الخلاف عسر

[illegible]

الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف احوال النساء في ذلك ولانه ليس هنالك سنة
يعمل عليها كالحال في اختلافهم في ايام الطهر والحيض المسالة الرابعة اختلف
الفقهاء في الدم الذي تراه الحامل هل هو حيض ام استحاضة فذهب
مالك والشافعي في اصح قوليه الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر بها دم فساد
وعلة الا ان يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض
في منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه ولمالك واصحابه في معرفة انتقال الحامل
الحائض اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة اقوال مضطربة
واحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها اعني انها ان تقعد اكثر ايام الحيض ثم هي
مستحاضة وانها تستظهر بثلاثة ايام على ايامها المعتادة ما لم يكن مجموع
ذلك اكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد ضعف اكثر ايام الحيض
وقيل انها تضعف اكثر ايام الحيض بحسب في الثالث ثلاث مرات وكلما
زادت الاشهر وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط
الامر في ذلك فانه مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المراة
وافرة والجنين صغيرا وبذلك امكن ان يكون حمل على حمل كما حكاه بقراط وجالينوس
وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه
التابع لمرضها وضعفها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر دم علة
المسالة الخامسة اختلف الفقهاء في الصفرة والكدرة هل هي حيض
ام لا فرات جماعة انها حيض في ايام الحيض وبه قال ابو حنيفة والشافعي وروي
مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض في غير ايام الحيض
وان ذلك مع الدم او لم تره وقال داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لا تكون حيضة
الا باثر الدم والسبب في اختلافهم مخالفة ظاهر حديث ام عطية وذلك انه

روي عن ام عطية انها قالت ما كنا نعد الصفرة والكدرة شيئا وروي عن
عائشة ان النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيها الصفرة من
دم الحيض فيسالنها عن الصلاة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء
فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت في ايام الحيض
او في غير ايامها مع الدم او بلا دم فان حكم الشيء الواحد في نفسه ليس يختلف ومن
رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث ام عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة
في اثر انقطاعه وان حديث عائشة هو في ايام الحيض وحديث ام عطية في غير
ايام الحيض وقد [redacted] ذهب قوم الى ظاهر حديث ام عطية ولم يروا الصفرة
والكدرة شيئا لا في ايام حيض ولا في غيرها ولا باثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول
رسول الله صلى الله عليه وسلم دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة
ليست بدم وانما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب
ابي محمد بن حزم المسالة السادسة اختلف الفقهاء في علامة الطهر فراى
قوم ان علامة الطهر رؤية القصة البيضاء او الجفوف وبه قال ابن حبيب من
اصحاب مالك وسواء كانت المراة ممن عادتها ان تطهر بالقصة البيضاء او
بالجفوف اي ذلك رات طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المراة ممن عادتها ان تطهر
بالقصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها
الجفوف وذلك في المدونة عن مالك وسبب اختلافهم ان منهم من راعى العادة
ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التي عادتها الجفوف تطهر
بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل
بعكس هذا وكلهم اصحاب مالك المسالة السابعة اختلف الفقهاء
في المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض اختلفوا

في الحائض اذا تمادى بها الدم متى تكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال
مالك المستحاضة ابدا حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك
اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو اكثر من اقل ايام الطهر فتكون حينئذ حائضا
اعني اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم وان يمر لها من الاستحاضة من الايام
ما يمكن ان يكون طهرا والا فهي مستحاضة ابدا وقال ابو حنيفة تقعد ايام عادتها
ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت اكثر الحيض وذلك عنده عشرة
ايام وقال الشافعي تعمل على التمييز ان كانت من اهل التمييز وان كانت من
اهل العادة عملت على العادة وان كانت من اهلهما معا فله في ذلك قولان
احدهما تعمل على التمييز والثاني على العادة والسبب في اختلافهم ان في ذلك
حديثين مختلفين احدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت ابي حبيش ان النبي
صلى الله عليه وسلم امرها وكانت مستحاضة ان تدع الصلاة قدر ايامها التي
كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي اصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه
ايضا حديث ام سلمة الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه ابو داود
من حديث فاطمة بنت ابي حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان دم الحيض اسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي عن
الصلاة واذا كان الاخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق وهذا الحديث صححه ابو محمد
بن حزم قال المؤلف فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب
الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح حديث ام سلمة وما ورد في معناه قال
باعتبار الايام ومالك رضي الله عنه اعتبر عدد الايام فقط في الحائض التي تشك في
الاستحاضة ولم يعتبر ذلك في المستحاضة التي تشك في الحيض اعني لا عددها ولا
موضعها من الشهر اذا كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة

التي

31

التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في العدد ولم يعتبر في الاصل وهذا غريب فتامله ومن
رجح حديث فاطمة بنت ابي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار
لون الدم مضي ما يمكن ان يكون طهرا من ايام الاستحاضة وهو مذهب مالك رضي الله
عنه فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث
الاول هو في التي تعرف عدد ايامها من الشهر وموضعها والثاني في التي لا تعرف عددها
ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من راى انها ان لم تكن من اهل التمييز ولا تعرف
موضع ايامها من الشهر وتعرف عددها او لا تعرف عددها انها تتحرى على حديث
حمنة ابنة جحش الذي صححه الترمذي وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها
انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة ايام او سبعة في علم الله ثم اغتسلي وفي
مساق الحديث بكلام فيه حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات
المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في اربعة مواضع احدها معرفة انتقال
الحيض الى الاستحاضة والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وسوا النوع
وردت فيه الاحاديث واما الثلاث فمسكوت عنها اعني تعيين بين هذا وكذلك الامر
في انتقال النفاس الى الاستحاضة الباب الثالث وهو في معرفة
احكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا الباب قوله تعالى يسألونك
عن المحيض الاية والاحاديث الواردة التي ستذكر بعد واتفق المسلمون على
ان الحيض يمنع اربعة اشياء احدها فعل الصلاة ووجوبها اعني انه ليس
يجب على الحائض قضاؤها والثاني انه يمنع فعل الصوم لا قضاءه و
لحديث عائشة الثابت انها قالت كنا نؤمر بقضاء الصيام ولا نؤمر بقضاء الصلاة
وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج والثالث فيما احسب الطواف
لحديث عائشة حين امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تفعل كل ما يفعل
الحاج غير ان لا تطوف بالبيت والرابع الجماع في الفرج لقوله عز وجل فاعتزلوا

في المحيض الآية واختلفوا من أحكامها في مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس المسألة
الأولى اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي
له منها ما فوق الإزار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري إنما يجب عليه أن يجتنب موضع
الدم فقط وسبب اختلافهم ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية
الحيض وذلك أنه ورد في الأحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة أنه عليه الصلاة
والسلام كان يأمر إذا كانت إحداهن حائضا أن تشد عليها إزارها ثم يباشرها عليه
الصلاة والسلام وورد أيضا من حديث ثابت عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال اصنعوا كل شيء بالحائض إلا النكاح وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لها وهي حائض اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع فخذه وصدره على فخذي
وحنيت عليه حتى دفئ وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض
فهو تردد قوله عز وجل فاعتزلوا النساء في المحيض بين أن يحمل على
عمومه إلا ما خصصه الدليل وأن يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله
عز وجل قل هو أذى والأذى إنما يكون في موضع الدم فمن كان العموم منه عنده ارجح
أنه كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى
من ذلك ما فوق الإزار بالسنة إذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين
ومن كان عنده من باب العام أريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما
تحت الإزار وقوي ذلك عنده الآثار المعارضة للآثار المانعة فيما تحت الإزار ومن
الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه
عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه أذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الإزار على
الكراهية وأحاديث الإباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا
بأنه قد دلت السنة على أنه ليس من جسم الحائض شيء نجس إلا موضع الدم
وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الخمرة وهي

حائض

32

حائض فقال إن حيضتك ليست في يدك وما ثبت
أيضا من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهي حائض وقوله صلى الله عليه وسلم
إن المؤمن لا ينجس المسألة الثانية اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال
فذهب مالك رضي الله عنه والشافعي والجمهور إلى أن ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب
أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك جائز إذا طهرت لأكثر أمد الحيض وهو عنده عشرة
أيام وذهب الأوزاعي إلى أنها إن غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعني كل حائض طهرت
متى طهرت وبه قال أبو محمد بن حزم وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله عز
وجل فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله هل المراد به الطهر الذي هو
انقطاع دم الحيض أو الطهر بالماء ثم إن كان الطهر بالماء فهل المراد به طهر جميع
الجسد أم طهر الفرج فإن الطهر في كلام العرب وعرف الشرع مشترك يقال على هذه الثلاثة
معان وقد رجح الجمهور مذهبهم بأن صيغة التفعل إنما تنطلق على ما يكون من فعل
المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله عز وجل فإذا تطهرن أظهر في معنى الغسل
بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والأظهر يجب المصير إليه حتى يدل الدليل على
خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يطهرن في قوله عز وجل حتى يطهرن هو أظهر
في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في الطهر بالماء والمسألة كما ترى محتملة
ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى فإذا تطهرن لانه ليس مما يمكن أو مما
يعسر أن يجمع في الآية بين معنيين من هذه الألفاظ مختلفين حتى يفهم من لفظة
حتى يطهرن النقاء ويفهم من لفظة فإذا تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة
المالكيين في الاحتجاج لمالك لأنه ليس من عادة العرب أن تقول لا تعط فلانا درهما
حتى يدخل الدار فإذا دخل المسجد فأعطه درهما بل إنما تقول فإذا دخل الدار
فأعطه درهما لأن الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الأولى ومن تأول قوله
تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن على أنه النقاء وقوله تعالى فإذا تطهرن على أنه
الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما

حتى يدخل الدار فإذا دخل المسجد فاغتسل حدهما أو ذلك غير معهود في كلام
العرب إلا أن يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن ويتطهرن
فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه
إلا أن يقول قائل إن ظاهر لفظة التطهر في معنى الاغتسال هو دليل عليه لكن هذا يعارضه
ظاهر عموم الحرف في الآية فإن الحرف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من
حمله على المجاز ولذلك فرض المجتهد ههنا إذا انتهى بنظره إلى هذا الموضع أن
يوازن بين الظاهرين بما أن يرجح عنده منهما على صاحبه فيحمل عليه وأعني بالظاهرين
أو يقايس بين ظاهر لفظة فإذا تطهرن في معنى الاغتسال بالماء وظاهر عموم
الحرف في الآية إن أحب أعمالها ما لا يفرق في الآية حرفيا ويحمل لفظة فإذا تطهرن على
النقاء أو يفرق في الآية حرفيا ويحمل لفظة فإذا تطهرن على الغسل بالماء أو يقايس
بين ظهور لفظة فإذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظة يطهرن في النقاء فأي كان عنده
أظهر أيضا من تأويل لفظة الثلاثة له وحمل على أنهما بالأول على الآية على معنى
واحد أعني إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع
النظر الفقهي أن ينتهي في هذه الأشياء إلى أكثر من هذا فتأمله وفي مثل هذا المقال يسوغ
أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار أبي حنيفة أكثر الحيض في هذه المسألة فضعيف
المسألة الثالثة اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض فقال
مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق
بدينار أو بنصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث إن وطئ في الدم
فعليه دينار وإن وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وسبب اختلافهم في ذلك
اختلافهم في صحة الأحاديث الواردة في ذلك وذلك أنه روي عن ابن عباس عن النبي
صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض أنه يتصدق بدينار
وروي عنه بنصف دينار وكذلك روي أيضا في حديث ابن عباس هذا دينار
وبه قال الأوزاعي فمن صح عنده شيء من هذه الأحاديث

صار

إلى العمل بها ومن لم يصح عنده رجح الجمهور حمل على الأصل الذي هو سقوط الحكم حتى
يثبت بدليل المسألة الرابعة اختلف العلماء في المستحاضة فقوم أوجبوا
عليها طهرا واحدا فقط وذلك عندما تأتي أنه قد انقضت حيضتها بإحدى
تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء
الذين أوجبوا عليها طهرا واحدا انقسموا قسمين فقوم أوجبوا عليها أن
تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك ولم يوجبوه عليها والذين أوجبوا عليها طهرا
واحدا فقط منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الأمصار وأكثر
هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب ذلك عليها إلا استحبابا
وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تتطهر
لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب أن تؤخر الظهر إلى أول العصر ثم تتطهر وتجمع
بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب إلى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتتطهر
طهرا ثانيا وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا لصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة
أطهار في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة ومن هؤلاء
من لم يحد له وقتا وهو مروي عن علي ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر
إلى طهر فيتحصل في المسألة بالجملة أربعة أقوال قول إنه ليس عليها إلا طهر
واحد فقط عند انقطاع دم الحيض وقول إن عليها الطهر لكل صلاة وقول
إن عليها ثلاثة أطهار في اليوم والليلة وقول إن عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة
والسبب في اختلافهم في هذه المسألة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الوا ردة
في ذلك وذلك أن الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة أحاديث واحد
متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته فحديث عائشة
رضي الله عنها قالت جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة

فقال لها عليه الصلاة والسلام إنما ذلك عرق وليست بالحيضة فإذا أقبلت
الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي وفي بعض
روايات هذا الحديث وتوضئي لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري
ولا مسلم وخرجها أبو داود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث
عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف أنها استحاضت فأمرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة فهذا الحديث هكذا أسنده
ابن إسحاق عن الزهري وأما سائر أصحاب الزهري فإنهم رووا عنه أنها استحيضت
فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها إنما هو عرق وليست بالحيضة
وأمرها أن تغتسل وتصلي فكانت تغتسل لكل صلاة على ذلك هو الذي فهمت
منه لا أن ذلك منقول من لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذه الطريق خرجه البخاري
وأما الثالث فحديث أسماء بنت عميس أنها قالت قلت يا رسول الله إن فاطمة
بنت أبي حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لتغتسل
للظهر والعصر غسلا واحدا وللمغرب والعشاء غسلا واحدا وتغتسل للفجر
وتتوضأ فيما بين ذلك خرجه أبو داود وصححه أبو محمد بن حزم وأما الرابع فحديث
حمنة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلي
الصلوات بطهر واحد عندما ترى أنه قد انقطع دم الحيض وبين أن تغتسل
في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس إلا أن هذا أمر
على الوجوب وهذا على التخيير فلما اختلفت ظواهر هذه الأحاديث ذهب
الفقهاء في تأويلها أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب
الجمع ومذهب البناء والفرق بين الجمع والبناء أن الباني ليس يرى أن هنالك
تعارضا فيجمع بين الحديثين وأما الجامع فإنه يرى أن هنالك تعارضا في
الظاهر فتأمل هذا فإنه فرق بين أما من ذهب مذهب الترجيح فبها أخذ

بحديث فاطمة بنت أبي حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ما دل عليه
من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة ولا أن تجمع بين الصلوات
بغسل واحد ولا بشيء من تلك المذاهب وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي
وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو
الأمر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك عليها وأما
من ذهب مذهب البناء فقال إنه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة الذي
من رواية ابن إسحاق تعارض أصلا وأن الذي في حديث أم حبيبة من ذلك على ما في حديث
فاطمة فإن حديث فاطمة إنما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض
يمنع الصلاة ولم يخبرها فيه بوجوب الطهر أصلا لا لكل صلاة ولا عند انقطاع
دم الحيض وفي حديث أم حبيبة أمرها بشيء واحد وهو الطهر لكل صلاة لكن
للجمهور أن يقولوا إن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجبا عليها الطهر
لكل صلاة لأخبرها بذلك ويبعد أن يدعي مدع أنها كانت تعرف ذلك مع أنها كانت
تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه الصلاة والسلام إعلامها بالطهر
الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فمضمن في قوله إنها ليست بالحيضة لأنه كان
معلوما من سنته عليه الصلاة والسلام أن انقطاع الحيض يوجب الغسل فإذا
إنما لم يخبرها بذلك لأنها كانت به عالمة وليس الأمر كذلك في وجوب الطهر لكل
صلاة إلا أن يدعي مدع أن هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبتت بعد فينتقل
إلى تلك المسألة المشهورة فهل الزيادة نسخ أم لا وفي بعض طرق
حديث فاطمة أمره عليه الصلاة والسلام لها بالغسل فهذا حال من ذهب مذهب
الترجيح ومذهب البناء وأما من ذهب مذهب النسخ فقال إن حديث أسماء بنت
عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك بما روي عن عائشة أن سهلة
بنت سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرها بالغسل

عند كل صلاة فلما جهدها ذلك امرها ان تجمع الظهر والعصر في غسل واحد والمغرب
والعشاء في غسل واحد وتغتسل ثالثا للصبح واما الذين ذهبوا مذهب الجمع
فقالوا ان حديث فاطمة بنت ابي حبيش محمول على التي تعرف ايام الحيض من
ايام الاستحاضة وحديث ام حبيبة على التي لا تعرف ذلك فامرت بالطهر في كل وقت
احتياطا للصلاة وذلك انها اذا قامت الى الصلاة يحتمل ان تكون طهرت فيجب
عليها ان تغتسل لكل صلاة واما حديث اسماء بنت عميس فمحمول على التي لا تتميز
لها ايام الحيض من ايام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في وقت فهذه اذا
انقطع عنها الدم وجب عليها ان تغتسل وتصلي بذلك الغسل صلاتين وهؤلاء
قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثي ام حبيبة واسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة
بنت جحش وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء منهم من
قال ان المخيرة هي التي لا تعرف ايام حيضها ومنهم من قال هي المستحاضة على
الاطلاق عارفة كانت او غير عارفة وهذا قول خامس في المسالة الا ان الذي في حديث
حمنة ابنة جحش انما هو التخيير بين ان تصلي الصلاة كلها بطهر واحد وبين ان
تتطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات واما من ذهب الى ان الواجب ان تتطهر
في كل يوم مرة واحدة فلعله انما اوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست ادري هل
في ذلك اثر ام لا المسالة الخامسة اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة
على ثلاثة اقوال فقوم اجازوا وطأها وهو الذي عليه فقهاء الامصار وهو مروي عن
ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز
وطؤها وهو مروي عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها
الا ان يطول ذلك بها وبهذا قال احمد بن حنبل وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة
لها هي رخصة لمكان تاكيد وجوب الصلاة ام انما ابيح لها الصلاة لان
حكمها حكم الطاهرة فمن راى ذلك رخصة لم يجز وطأها

ومن راى

ومن راى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهرة اباح لها ذلك وهي بالجملة مسكوت عنها
واما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان

كتاب التيمم

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة ابواب الباب الاول
في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها الباب الثاني في معرفة من تجوز له هذه
الطهارة الباب الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة الباب الرابع في صفة
هذه الطهارة الباب الخامس فيما يصنع به هذه الطهارة الباب السادس في نواقض هذه
الطهارة الباب السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في صحتها او في استباحتها
الباب الاول اتفق العلماء ان هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى
واختلفوا في الكبرى فروي عن عمر وابن مسعود انهما كانا لا يريانها بدلا من
الكبرى وكان علي وغيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى
وبه قال عامة الفقهاء والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وانه
لم يصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب اما الاحتمال الوارد فلان قوله تعالى
فلم تجدوا ماء فتيمموا يحتمل ان يعود الضمير الذي فيه على المحدث حدثا اصغر
فقط ويحتمل ان يعود عليهما معا لكن من كانت الملامسة عنده في الآية الجماع
فالاظهر انه عائد عليهما ومن كانت الملامسة عنده هي اللمس باليد فقوله تعالى
او لامستم النساء فالاظهر انه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا اصغر
فقط اذ كانت الضمائر انما يحمل ابدا عودها على اقرب مذكور الا ان يقدر في الآية
تقديم وتاخير حتى يكون تقديرها هكذا يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة او
جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وايديكم
الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وارجلكم الى الكعبين وان كنتم جنبا فاطهروا
وان كنتم مرضى او على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ومثل هذا ليس ينبغي
ان يصار اليه الا بدليل فان التقديم والتاخير مجاز وحمل الكلام على

الحقيقة اولى من حمله على المجاز وقد يمكن ان في الآية حذفا يقتضي تقديرها وتلافي الاولى
ان حملها على ذي تيممها يوجب ان المرض والسفر حدث لكن هذا لا يحتاج اليه ان قدر في
او هنا انها بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر وكان سيان
ان لا يسرحوا نعما او يسرحوه بها واغبرت السوح فانه انما يقال سيان زيد وعمرو
فهذا هو احد الاسباب التي اوجبت الخلاف في هذه المسئلة واما ترددهم بالآثار
الواردة التي وردت في هذا المعنى ببينة منها ما اخرجه البخاري ومسلم ان رجلا
اتى عمر رضي الله عنه فقال اني اجنبت فلم اجد الماء فقال لا تصل فقال عمار اما تذكر
يا امير المومنين اذ انا وانت في سرية فاجنبنا فلم نجد ماء فاما انت فلم تصل
واما انا فتمعكت في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك
ان تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله
يا عمار قال ان شئت لم احدث به وفي بعضها انه قال له عمر نوليك ما توليت
وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وابي موسى فقال
ابو موسى يا ابا عبد الرحمن ارايت لو ان رجلا اجنب فلم يجد الماء شهرا فقال ابو موسى
فكيف بهذه الآية في سورة المائدة فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فقال
عبد الله لو رخص لهم في هذه الآية لاوشك اذا برد عليهم الماء ان يتيمموا بالصعيد
فقال ابو موسى لعبد الله الم تسمع لقول عمار وذكر الحديث المتقدم فقال عبد الله
الم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور راوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار
وعمران بن الحصين خرجه البخاري وان نسيان عمر ليس موثرا في وجوب العمل
بحديث عمار وايضا استدلوا لجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه
الصلاة والسلام جعلت لي الارض مسجدا وطهورا واما حديث عمران بن حصين
فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم
فقال يا فلان ما منعك ان تصلي فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ماء

كيف تصنع بالصلاة فقال عبد الله لا يتيمم وان لم يجد شهرا

فقال عليه

فقال عليه الصلاة والسلام عليك بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال
اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء ان يطا اهله او لا يطا اهله فمن يجوز للجنب
التيمم الباب الثالث واما من تجوز له هذه الطهارة فاجمع العلماء انها
تجوز للاثنين للمريض والمسافر اذا عدما الماء واختلفوا في اربعة في المريض يجد الماء
ويخاف من استعماله وفي الحاضر يعدم الماء وفي الصحيح الذي يجد الماء في السفر
فيمنعه من الخروج اليه خوف او يخاف من استعماله شدة البرد فاما المريض
الذي يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح
الذي يخاف الهلاك او المرض الشديد من برد الماء والذي يخاف من الخروج الى الماء
الا انه منهم من اوجب عليه الاعادة اذا وجد الماء وقال عطاء لا يتيمم المريض ولا غيره
المريض اذا وجد الماء واما الحاضر الصحيح الذي يعدم الماء فذهب مالك والشافعي
الى جواز التيمم له وقال ابو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح ان عدم الماء
وسبب اختلافهم في هذه المسائل الاربع التي هي قواعد هذا الباب اما المريض
الذي يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الآية محذوف مقدر في قوله
تعالى وان كنتم مرضى او على سفر فمن راى في الآية محذوفا مقدرا
حذفا وان تقدير الكلام وان كنتم مرضى لا تقدرون على استعمال الماء وان الضمير في قوله
تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط اجاز التيمم للمريض الذي يخاف من استعمال
الماء ومن راى ان الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المريض والمسافر
معا وانه ليس في الآية حذف لم يجز للمريض اذا وجد الماء التيمم واما سبب اختلافهم
في الحاضر الذي يعدم الماء فاحتمال الضمير ايضا الذي في قوله تعالى فلم تجدوا ماء
ان يعود على اصناف المحدثين اعني الحاضر والمسافر او على المسافر فقط
فمن راى انه عائد على جميع اصناف المحدثين اجاز التيمم للحاضر
ومن راه عائدا على المسافر فقط او على المريض والمسافر لم يجز التيمم
للحاضر الذي عدم الماء واما اختلافهم في الخائف من الخروج الى الماء فسبب

اختلافهم اختلافهم في قياسه على عدم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح
وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه
على المريض الذي يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز
التيمم للمريض بحديث جابر في المجروح الذي اغتسل فمات فأجاز عليه
الصلاة والسلام المسح له وقال قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضا قياس
الصحيح الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روي في ذلك أيضا عن عمرو بن العاص
أنه أجنب في ليلة باردة فتيمم وتلا قوله الله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم إن
الله كان بكم رحيما فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فلم يعنف الباب الثالث
وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق به ثلاث مسائل قواعد إحداها هل
النية شرط في هذه الطهارة أم لا والمسألة الثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم
عند عدم الماء والمسألة الثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا
المسألة الأولى فالجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى
وشذ زفر فقال إنها ليست تحتاج إلى نية وقد روي أيضا عن الأوزاعي والحسن
بن حي وهو ضعيف وأما المسألة الثانية فإن مالكا رضي الله عنه اشترط
الطلب والشافعي ولم يشترطه أبو حنيفة وسبب اختلافهم في هذا هو هل
يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد إلا
إذا طلب الماء ولم يجده لكن الحق في هذا أن يعتقد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب
متقدم وإما بغير ذلك هو عادم للماء وأما الظان فليس بعادم للماء ولذلك
يضعف القول بتكرار الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بعينه ويقوى
اشتراطه ابتداء إذا لم يكن هناك علم قطعي بعدم الماء وأما المسألة
الثالثة وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعي
ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان
من أصحاب مالك وسبب اختلافهم هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضي

أن لا يجوز

أن لا يجوز التيمم والوضوء إلا عند دخول الوقت لقوله تعالى إذا قمتم إلى
الصلاة الآية فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام للصلاة وذلك
إذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم
الصلاة أعني أنه كما أن الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة
الوضوء والتيمم الوقت إلا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك وبقي التيمم على
أصله أم ليس يقتضي هذا لأن مفهوم الآية وأن تقدير قوله تعالى يا أيها
الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أي إذا أردتم القيام إلى الصلاة وأيضا فإنه
لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك إلا إيجاب الوضوء والتيمم
عند وجوب الصلاة فقط لا أنه لا يجزئ إن فعل قبل الوقت إلا أن يقاس على
الصلاة لكن هذا يضعف فإن قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسألة فإنها
ضعيفة أعني من يشترط في صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة الموقتة
فإن التوقيت في العبادة لا يكون إلا بدليل سمعي وإنما يسوغ القول بهذا إذا
كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هنا ليس من باب
أن هذه العبادة موقتة لكن من باب أنه ليس ينطلق اسم الغير واجد للماء
إلا عند دخول وقت الصلاة لأنه ما لم يدخل وقتها أمكن أن يطرأ هو على الماء أو
يطرأ عليه الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم في أول الوقت أو في وسطه
أو آخره لكن هاهنا موضع نظر فإنه إذا كان الإنسان ليس بطارئ على الماء فيما
قبل دخول الوقت ولا الماء طارئ عليه وأيضا فإن قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه
إلا نقض التيمم فقط لا منع جواز صحته وتقدير الطرو هو ممكن في الوقت وبعده
فإن جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعني أنه قبل الوقت يمنع انعقاد
التيمم وبعد دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي أن يصار إليه إلا بدليل سمعي
ويلزم على هذا أن لا يجوز التيمم إلا في آخر الوقت الباب الرابع وأما صفة هذه الطهارة

ويشتمل على ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب المسالة الاولى اختلف الفقهاء
في حد الايدي التي امر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وايديكم
على اربعة اقوال القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء
وهي المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الامصار والقول الثاني ان الفرض
هو مسح الكف فقط وبه قال اهل الظاهر واهل الحديث والقول الثالث ان
الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروي عن مالك والقول الرابع ان الفرض
الى المناكب وهو شاذ روي عن الزهري ومحمد بن مسلمة والسبب في اختلافهم اشتراك
اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب تقال على ثلاثة معان على الكف
فقط وهو اظهرها استعمالا ويقال على الكف اختلاف الاثار في ذلك وذلك ان حديث
عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة انما يكفيك ان تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم
تمسح بهما وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام وان تمسح
بيديك الى المرفقين وروي ايضا ما فيه عن ابن عباس وما فيه عن غيره فذهب الجمهور
الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها اعني من
جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم الى الكف والساعد ومن زعم انه
يطلق عليهما بالسوا وانه ليس في احدهما اظهر منه في الثاني فقد اخطا فان اليد
وان كانت اسما مشتركا فهي في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم
مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذي وضع من اول امره مشتركا وفي هذه
قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما نقول ان الصواب هو ان يعتقدوا ان
الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو ان يكون في الكف اظهر منه في
سائر الاجزاء او يكون دلالته على سائر اجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان
اظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الاخذ بالظاهر وان لم يكن اظهر
فيجب الاخذ بالاثر الثابت فاما ان يغلب القياس ها هنا على الاثر فلا معنى له

ولا ان يرج

ولا ان يرجح به ايضا احاديث لم تثبت بعد فالقول في هذه المسالة بين من الكتاب والسنة
فتامله واما من ذهب الى الاباط فانما ذهب لذلك لانه قد روي في بعض طرق حديث عمار
انه قال تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وايدينا
الى المناكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الاحاديث على الندب وحديث عمار على الوجوب
فهو مذهب حسن اذ كان الجمع اولى من الترجيح عند اهل الكلام الفقهي الا
ان يعترف انه ينبغي ان يصار اليه اذا صحت تلك الاحاديث المسالة الثانية
اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم فمنهم من قال واحدة ومنهم
من قال اثنتان والذين قالوا اثنتان منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين
وهم الجمهور واذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم اعني مالكا
والشافعي وابا حنيفة ومنهم من قال ضربتين لكل واحد منهما اعني لليدين ضربتان
وللوجه ضربتان والسبب في اختلافهم ان الاية مجملة في ذلك والاحاديث متعارضة
وقياس التيمم على الوضوء في جميع احواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت
من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معا لكن ههنا احاديث
فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء
المسالة الثالثة اختلف الشافعي مع مالك وابي حنيفة في وجوب توصيل
التراب الى اعضاء التيمم فلم ير ذلك ابو حنيفة واجبا ولا مالك وراى ذلك
الشافعي واجبا وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى
فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه فان من قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز
الجنس فمن ذهب الى انها للتبعيض اوجب نقل التراب الى اعضاء التيمم
ومن راى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجبا والشافعي انما رجح حملها على
التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء ولكن يعارضه حديث عمار المتقدم
لان فيه ثم تنفخ فيهما وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط
وينبغي ان تعلم ان الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم ووجوب الفور فيه

هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وسبب الخلاف ها هنا هو السبب في ذلك
فلا معنى لإعادته الباب الخامس فيما يصنع به هذه الطهارة وفيه
مسألة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب واختلفوا
في جوازها بما عدا التراب من أجزاء الأرض المتولدة عنها كالحجارة فذهب
الشافعي إلى أنه لا يجوز التيمم إلا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه إلى أنه
يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزائها في المشهور عنه الحصى والرمل
والتراب وزاد أبو حنيفة فقال بكل ما يتولد من الأرض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ
والجص والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم
الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واللبد والسبب في اختلافهم شيئان
أحدهما اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب فإنه مرة تطلقه على التراب الخالص
ومرة تطلقه على جميع أجزاء الأرض الظاهرة حتى إن مالكا وأصحابه حملهم دلالة
اشتقاق هذا الاسم أعني الصعيد أن يجيزوا في إحدى الروايات عنهم التيمم
على الحشيش وعلى الثلج قالوا لأنه قد يسمى صعيدا في أصل التسمية أعني من
جهة صعوده على الأرض وهذا ضعيف والسبب الثاني إطلاق اسم الأرض
في جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب في بعضها
وجعلت لي الأرض مسجدا وطهورا وقد اختلف أهل الكلام الفقهي هل يقضى بالمطلق
على المقيد أو بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق
لأن المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق
وفيه نظر ومذهب أبي محمد بن حزم أن يقضى بالمطلق على
المقيد وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم
إلا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد
على كل ما صعد على وجه الأرض من أجزائها أجاز التيمم
بالرمل والحصى وأما إجازة التيمم

بما يتولد

بما يتولد منها فضعيف إذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فإن أعم دلالة اسم الصعيد
أن يدل على ما يدل عليه اسم الأرض لا أن يدل على الزرنيخ والنورة ولا على الثلج والحشيش
والله الموفق للصواب والاشتراك الذي في اسم الطيب أيضا من أحد دواعي الخلاف
الباب السادس وأما نواقض هذه الطهارة فإنهم اتفقوا على أنه ينقضها ما ينقض
الأصل الذي هو الوضوء والطهر واختلفوا من ذلك في مسألتين إحداهما هل ينقضها
إرادة صلاة أخرى مفروضة غير المفروضة التي تيمم لها والمسألة الثانية هل
ينقضها وجود الماء أم لا المسألة الأولى فذهب مالك فيها إلى أن إرادة الصلاة
الثانية تنقض طهارة الأولى ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور
على شيئين أحدهما هل في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة محذوف
مقدر أعني إذا قمتم من النوم أو قمتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا فمن
رأى أن لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء والتيمم عند القيام لكل
صلاة لكن لا ينبغي أن يحتج بهذا لمالك فإن مالكا يرى أن في الآية محذوفا على
ما رواه عن زيد بن أسلم في موطئه وأما السبب الثاني فتكرر الطلب عند دخول
وقت كل صلاة وهذا هو الأليق بأصول مالك أعني أن يحتج له بهذا وقد تقدم القول
في هذه المسألة ولم يتكرر عنده الطلب ومن قدر في الآية محذوفا ولم ير إرادة الصلاة
مما ينقض التيمم وأما المسألة الثانية فإن الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء
ينقضها وذهب قوم إلى أن الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود
الماء يرفع استصحاب الطهارة التي كانت بالتراب أو يرفع ابتداء الطهارة به فمن رأى
أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها إلا الحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب
الطهارة قال إنه ينقضها فإن حد الناقض هو الرافع للاستصحاب وقد احتج

الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لي الأرض مسجدا
وطهورا ما لم يجد الماء والحديث محتمل فإنه يمكن أن يقال قوله عليه الصلاة والسلام
ما لم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت
ويمكن أن يفهم منه وإذا وجد الماء لم يصح ابتداء هذه الطهارة والأقوى في عضد
الجمهور وهو حديث أبي سعيد الخدري وفيه أنه عليه الصلاة والسلام قال فإذا
وجدت الماء فامسسه جلدك فإن الأمر محمول على الوجوب عند جمهور المتكلمين وإن كان
أيضا قد يتطرق إليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا وقد حمل الشافعي تسليمه
أن وجود الماء يرفع هذه الطهارة على أن قال إن التيمم رافع للحدث إذ ليس مفيدا
للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث وإنما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا
لا معنى له فإن الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا
إن التيمم لا يرفع الحدث لأنه لو رفعه لم ينقضه إلا الحدث والجواب أن هذه الطهارة
وجود الماء في حقها هو حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها واتفق القائلون
بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة واختلفوا
هل ينقضها طروه في الصلاة فذهب مالك والشافعي وداود إلى أنه لا ينقض الطهارة
في الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما إلى أنه ينقض الطهارة في الصلاة وهم
أسعد بالأصل لأنه أمر غير مناسب للشرع أن يوجد شيء واحد ينقض الطهارة
في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وبمثل هذا شنعوا مذهب أبي حنيفة في رأيه
أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع أنه مستند في ذلك إلى الأثر فأما مثل
هذه المسألة فإنها بينة ولا حجة في الظواهر التي يرام بها الاحتجاج لهذا المذهب
من قوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم فإن هذا لم يبطل الصلاة بإرادته وإنما أبطلها

كل و

كل والماء كما لو حدث **الباب السابع** واتفق الجمهور على أن الأفعال التي
هذه الطهارة شرط في صحتها هي الأفعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس
المصحف وغير ذلك واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فمشهور
مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان معا فرضان أداء واختلف قوله في الصلاتين
المقضيتين والمشهور عنه أنه إذا كانت إحدى الصلاتين فرضا والأخرى نفلا أنه
إن قدم الفرض جمع بينهما وإن قدم النفل لم يجمع بينهما وذهب أبو حنيفة إلى أنه
يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد وأصل هذا الخلاف هو هل التيمم
يجب لكل صلاة أم لا أما من قال بظاهر الآية كما تقدم وأما من قال بوجوب تكرر
الطلب وأما من كليهما **كتاب الطهارة من النجس** والقول المحيط
بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب الباب الأول في معرفة حكم هذه
الطهارة أعني في الوجوب والندب إما مطلقا وإما من جهة أنها شرط في الصلاة الباب
الثاني في معرفة أنواع النجاسات الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب إزالتها عنها
الباب الرابع في معرفة الشيء الذي به تزال الباب الخامس في صفة إزالتها في محل محل الباب
السادس في آداب الأحداث **الباب الأول** والأصل في هذا الباب أما من الكتاب
فقوله تعالى وثيابك فطهر وأما من السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه
الصلاة والسلام بغسل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على
بول الأعرابي وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحبي القبر إنهما ليعذبان وما
يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتر من البول واتفق العلماء لمكان هذه
المسموعات على أن إزالة النجاسة مأمور بها في الشرع واختلفوا هل ذلك
على الوجوب أو على الندب المؤكد وهو الذي يعبر عنه بالسنة فقال قوم

ان ازالة النجاسة واجبة وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال قوم ازالة النجاسة سنة موكدة
وليست بفرض وقال قوم هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن
مالك واصحابه وسبب اختلافهم في هذه المسالة راجع الى ثلاثة اشياء احدها
اختلافهم في قوله تبارك وتعالى وثيابك فطهر هل ذلك محمول على الحقيقة او محمول
على المجاز والسبب الثاني تعارض ظواهر الاثار في وجوب ذلك والسبب الثالث
اختلافهم في الامر والنهي الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من
ذلك الامر والنهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهي من الحظر الى الكراهة
او ليست قرينة وانه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما
صار من صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع اكثرها هي
من باب محاسن الاخلاق او من باب المصالح وهذه في الاكثر مندوب اليها
فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة
واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة واما الاثار المتعارضة
في ذلك فمنها حديث صاحبي القبرين المشهور وقوله صلى الله عليه وسلم فيهما انهما
ليعذبان وما يعذبان في كبير اما احدهما فكان لا يستتر من بوله وظاهر هذا
الحديث يقتضي الوجوب لان العذاب لا يتعلق الا بالواجب واما المعارض لذلك
فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من انه رمي عليه وهو في الصلاة سلا جزور بالفرث
والدم فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا انه لو كانت ازالة النجاسة واجبة
كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ما روي ان النبي عليه الصلاة
والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه
فانكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال انما خلعتهما لان جبريل اخبرني
ان فيهما قذرا وظاهر هذا انه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة فمن

ذهب

ذهب في هذه الاثار مذهب ترجيح الظواهر اما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث
الوجوب او الندب ان رجح ظاهر حديث الندب اعني الحديثين اللذين يقتضيان ازالة النجاسة
من باب الندب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع منهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة
ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقا وليست من شروط
صحة الصلاة وهو قول رابع في المسالة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال للصلاة
وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين غير المعقولة اعني جعل غير
المعقولة اكد في باب الوجوب فرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد
بالطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم ان المقصود بها النظافة وذلك من
محاسن الاخلاق واما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك
من صلاتهم في النعال مع انها لا تنفك من ان يطا بها النجاسات غالبا ومما اجمعوا
عليه من العفو اليسير في بعض النجاسات **الباب الثاني** واما انواع النجاسات
فان العلماء اتفقوا من اعيانها على اربعة ميتة الحيوان ذي الدم الذي ليس بمائي
وعلى لحم الخنزير باي سبب اتفق ان تذهب حياته وعلى الدم نفسه من الحيوان
الذي ليس بمائي انفصل من الحي او من الميت اذا كان مسفوحا اعني كثيرا وعلى
بول ابن ادم ورجيعه واكثرهم على نجاسة الخمر وفي ذلك خلاف بين بعض المحدثين واختلفوا
في غير ذلك والقواعد من ذلك مسايل **المسالة الاولى** اختلفوا في ميتة الحيوان
الذي لا دم له وفي ميتة الحيوان البحري فذهب قوم الى ان ميتة ما لا دم له طاهرة
وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك واصحابه وذهب قوم الى التسوية بين
ميتة ذوات الدم والتي لا دم لها في النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر

وهو مذهب الشافعي الا ما وقع الاتفاق على انه ليس بميتة مثل دود الخل وما يتولد
في المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة ما لا دم له وهو
مذهب ابي حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة
وذلك انهم فيما احسب اتفقوا على انه من باب العام اريد به الخاص واختلفوا اي خاص
اريد به فمنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر وما لا دم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر
فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة ما لا دم له وسبب اختلافهم في هذه المستثنيات
هو سبب اختلافهم في الدليل المخصص اما من استثنى من ذلك ما لا دم له فحجته مفهوم
الاثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من امره بمقل الذباب اذا وقع في الطعام
قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذي دم واما الشافعي
فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام فيه فان في احد جناحيه
داء وفي الاخر دواء وضعف الشافعي هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضي
ان الميتة والدم نوعان من انواع المحرمات احدهما تعمل فيه التذكية وهي الميتة
وذلك في الحيوان المباح الاكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما
مفترقان فكيف يجوز ان يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة
لما كان ترتفع الحرمة عن الحيوان بالذكاة وبقاء حرمة الدم الذي لم ينفصل بعد
عن المذكى وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع المسبب
ارتفع السبب الذي يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير
موجود فليس هو له سببا ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب
وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم واما

الاثر

من استثنى

من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الاثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم
اكلوا من الحوت الذي رماه البحر اياما وتزودوا منه وانهم اخبروا بذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقي منه شيء وذلك دليل على
انه لم يحرم بعد ذلك لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم واحتجوا ايضا بقوله عليه الصلاة
والسلام هو الطهور ماؤه الحل ميتته واما ابو حنيفة فرجح عموم الاية على هذا الاثر اما لان
الاية مقطوع بها والاثر مظنون واما لانه راى ان ذلك رخصة لهم اعني حديث جابر او لانه احتمل
عنده ان يكون ذلك الحوت مات بسبب وهو رمي البحر به الى الساحل لان الميتة هو ما مات
من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولاختلافهم في هذا ايضا سبب اخر وهو احتمال عودة
الضمير في قوله تعالى وطعامه متاعا لكم وللسيارة اعني ان يعود على البحر او يعود
على الصيد نفسه فمن اعاده على البحر قال طعامه هو الطافي ومن اعاده على الصيد
قال هو الذي احل فقط من صيد البحر مع ان الكوفيين ايضا تمسكوا في ذلك باثر ورد فيه تحريم
الطافي من السمك وهو عند غيرهم ضعيف المسئلة الثانية وكما اختلفوا في انواع الميتات
كذلك اختلفوا في اجزاء ما اتفقوا عليه انه ميتة وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من
اجزاء الميتة ميتة واختلفوا في العظام والشعر فذهب الشافعي الى ان العظم والشعر
ميتة وذهب ابو حنيفة الى انهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر
والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة وسبب اختلافهم هو
اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من افعال الاعضاء فمن راى ان النمو والتغذي
هو من افعال الحياة قال ان الشعر والعظم اذا فقدت النمو والتغذي فهما
ميتة ومن راى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام

ليست بميتة لانه لا حس لها وما فرق بينهما اوجب للعظام الحس ولم يوجبه للشعر
وفي حس العظام اختلاف بين الاطباء ومما يدل على ان التغذي والنمو ليست هي
الحياة التي ينطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على ان ما قطع من البهيمة
وهي حية فهو ميتة واتفقوا على ان الشعر اذا قطع من الحي انه طاهر ولو انطلق اسم
الميتة على من فقد التغذي والنمو لقيل في النبات المقلوع انه ميتة وذلك ان النبات
فيه التغذي والنمو وللشافعي ان يقول ان التغذي الذي ينطلق على عدمه اسم
الموت هو التغذي الموجود في الحساس. المسألة الثالثة اختلفوا في الانتفاع
بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها مطلقا دبغت او لم تدبغ وذهب
قوم الى خلاف هذا وهو ان لا ينتفع بها اصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق
بين ان تدبغ وبين ان لا تدبغ ورأوا ان الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي
وابي حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعي والثانية ان الدباغ
لا يطهرها ولكنه يستعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى ان الدباغ مطهر اتفقوا
على انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان اعني المباح الاكل واختلفوا فيما
لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه
بدل منها في افادة الطهارة وذهب ابو حنيفة الى ان تأثير الدباغ في جميع ميتات
الحيوان ما عدا الخنزير وقال داود يطهر حتى جلد الخنزير. وسبب اختلافهم
تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في حديث ميمونة اباحة الانتفاع
بها مطلقا وذلك انه مر بميتة فقال صلى الله عليه وسلم هلا انتفعتم
بجلدها وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه ان رسول الله

صلى الله

صلى الله عليه وسلم كتب الا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل
موته بعام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثالث
في بعض الباب هو حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال اذا دبغ الاهاب
فقد طهر فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم الى
مذهب الجمع على حديث ابن عباس اعني انهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ
وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فاخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل
موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا انه يتضمن زيادة
على ما في حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس
قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة اعني ان كل طاهر ينتفع به وليس يلزم
عكس هذا اعني ان كل ما ينتفع به فهو طاهر. المسألة الرابعة اتفق العلماء على
ان دم الحيوان البري نجس واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من
دم الحيوان غير البحري فقال قوم هو نجس على اصل الدماء معفو عنه وقال قوم
القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور. والسبب في اختلافهم في دم السمك
هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل
دمه كذلك ومن اخرج ميتته اخرج دمه قياسا على الميتة وفي ذلك اثر ضعيف وهو
انه عليه الصلاة والسلام قال احلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد
والطحال واما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد
على المطلق او بالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقا في قوله تعالى
حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وورد مقيدا في قوله تعالى قل لا اجد فيما
اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او فسقا

بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى
بالمطلق على المقيد لأن فيه زيادة قال القليل والكثير حرام وأيدوا هذا بأن كل
ما هو نجس لعينه فلا يتبعض المسألة الخامسة اتفق العلماء على نجاسة بول
ابن آدم ورجيعه إلا بول الصبي الرضيع واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب
الشافعي وأبو حنيفة إلى أنها كلها نجسة وذهب قوم إلى طهارتها بإطلاق أعني
فضلتي سائر الحيوان البول والرجيع وقال قوم أبوالها وأرواثها تابعة للحومها فما
كانت لحومها محرمة فأبوالها نجسة وما كانت لحومها مأكولة فأبوالها وأرواثها
طاهرة ما عدا التي تأكل النجاسة وما كانت منها مكروهة فأبوالها وأرواثها
مكروهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الأسآر وسبب اختلافهم
شيئان أحدهما اختلافهم في مفهوم الإباحة الواردة للصلاة في مرابض الغنم وإباحته
عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الإبل وألبانها وفي مفهوم النهي
عن الصلاة في أعطان الإبل والسبب الثاني اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك
على الإنسان فمن قاس سائر الحيوان على الإنسان ورأى أنه من باب قياس الأولى
والأحرى ولم يفهم من إباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها جعل
ذلك عبادة وفهم من النهي عن الصلاة في أعطان الإبل النجاسة وجعل إباحته
للعرنيين ألبان الإبل وأبوالها لمكان المداواة على أصله في إجازة ذلك قال كل
رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث إباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة
أرواثها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهي عن الصلاة في معاطن الإبل عبادة
أو لمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الإنسان وبهيمة الأنعام
أن فضلتي الإنسان مستقذرة بالطبع وفضلتي بهيمة الأنعام ليست كذلك

الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ومن قاس بهيمة الأنعام على غيرها جعل الفضلات
كلها ما عدا فضلتي الإنسان غير نجسة ولا محرمة والمسألة محتملة ولولا
أنه لا يجوز إحداث قول لم يتقدم إليه أحد في المشهور وإن كانت مسألة فيها خلاف
لقيل إن ما ينتن منها ويستقذر خلاف ما لا ينتن ولا يستقذر وبخاصة ما كان
منها رائحته حسنة لاتفاقهم على إباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة
من فضلات حيوان البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد
المسك فيه فيما يذكر المسألة السادسة اختلف الناس في قليل النجاسات على
ثلاثة أقوال فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعي
وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلي وممن قال بهذا
أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال إن كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت
الصلاة به وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء إلا الدم على ما تقدم
وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض روايتان والأشهر مساواته لسائر الدماء
وسبب اختلافهم اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار
للعلم بأن النجاسة هنالك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة
ولذلك حدوه بالدرهم قياسا على قدر المخرج ومن رأى أن تلك رخصة والرخص لا يقاس
عليها منع ذلك وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتحصيل
مذهب أبي حنيفة أن النجاسات عنده تنقسم إلى مغلظة ومخففة وأن المغلظة
هي التي يعفى عنها عن قدر الدرهم والمخففة هي التي يعفى فيها عن ربع الثوب والمخففة
عندهم مثل أرواث الدواب وما لا تنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم إياها إلى
مغلظة ومخففة حسن جدا المسألة السابعة اختلفوا في المني هل هو نجس

أو لا فذهب طائفة منهم مالك وأبو حنيفة إلى أنه نجس وذهبت طائفة إلى أنه
طاهر وبهذا قال الشافعي وأحمد وداود وسبب الخلاف فيه شيئان أحدهما
اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك أن في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله
صلى الله عليه وسلم من المني فيخرج للصلاة وإن فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت
أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلي فيه خرج هذه
الزيادة مسلم والسبب الثاني تردد المني بين أن يشبه بالأحداث الخارجة من
البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الأحاديث
كلها بأن حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة
على أصله في أن الفرك لا يطهر النجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات
الشريفة لم يره نجسا ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة
وكان بالأحداث عنده أشبه منه بما ليس بحدث قال إنه نجس وكذلك أيضا من اعتقد
أن النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب
أبي حنيفة وعلى هذا فلا حجة لأولئك في قولهم فيصلي فيه بل فيه حجة لأبي حنيفة في أن
النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية

الباب الثالث

وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف في ذلك أحدها الأبدان
ثم الثياب ثم المساجد ومواضع الصلاة وإنما اتفق العلماء على هذه الثلاثة
لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة أما الثياب ففي قوله تعالى وثيابك فطهر
على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام
بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه وأما
المساجد فلأمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي الذي

بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر بغسل المذي من البدن
وغسل النجاسات من المخرجين واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذي
أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث علي المشهور وقد سئل عن المذي فقال
يغسل ذكره ويتوضأ وسبب اختلافهم في ذلك هل الواجب هو الأخذ بأوائل الأسماء
أو بأواخرها فمن رأى أنه بأواخرها أعني بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر
كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال إنما يغسل موضع الأذى فقط وقياسا
على البول والودي

الباب الرابع

وأما الشيء الذي به تزال النجاسة فإن المسلمين اتفقوا
على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضا على أن الحجارة
تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التي تزيلها
فذهب قوم إلى أن كل ما هو طاهر يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا في أي موضع
كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء إلا في الاستجمار
فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعي واختلفوا أيضا في إزالتها في الاستجمار
بالعظم والروث فمنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك مما ينقي واستثنى مالك من
ذلك ما هو مطعوم وذو حرمة كالخبز وقد قيل ما في استعماله سرف كالذهب والياقوت
وقوم قصروا الإنقاء على الأحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستجمار
بالعظم دون الروث وإن كان مكروها عندهم وشذ الطبري فأجاز الاستجمار بكل طاهر
ونجس وسبب اختلافهم في إزالة النجاسة بما عدا الماء فيما عدا المخرجين هو
هل المقصود بإزالة النجاسة بالماء هو إتلاف عينها فقط فيستوي في ذلك
مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغير الماء فمن
لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بإزالتها بسائر المائعات والجامدات

الطاهرة وايد هذا المفهوم بالاتفاق على ان النجاسة تزول بغير الماء وبما ورد من حديث
ام سلمة انها قالت اني امرأة اطيل ذيلي وامشي في المكان القذر فقال يطهره ما بعده وكذلك
بالآثار التي خرج ابو داود في هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام اذا وطئ احدكم الاذى
بنعليه فان التراب لهما طهور الى غير ذلك مما روي في هذا المعنى ومن رأى ان الماء في ذلك من باب
خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة المذكورة فقط وجنح في ذلك الى انها عبادة اذ لم
يعقلوا في ذلك سببا معقولا حتى انهم سلموا ان الماء يزيل حكم النجاسة بمعنى
معقول وانما ازالته بمعنى شرعي حكمي وطال الخطاب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة
بالماء عبادة او معنى معقول خلفا عن سلف واضطرت الشافعية الى ان تثبت ان
في الماء قوة شرعية في رفع احكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر
الاشياء في ازالة العين وان المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لا اذهاب
عين النجاسة بل قد تذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصود وقد كانوا اتفقوا قبل
مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية اعني شرعية ولذلك لم تحتج الى
نية ولو راموا الانفصال عنهم بانا نرى ان في الماء قوة احالة الانجاس والادناس
وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس في تنظيف الابدان
والثياب لكان قولا جيدا وغير بعيد بل لعله واجب ان يعتقد ان الشرع انما اعتمد في كل
موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا
قد قالوا في ذلك قولا هو داخل في مذهب الفقه الجاري على المعاني وانما يلجأ الفقيه الى ان يقول
عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من امرهم في اكثر المواضع
واما اختلافهم في الروث فسببه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه
الصلاة والسلام انه لا يستنجى بعظم ولا روث فمن دل عنده النهي على الفساد لم يجز

ذلك

ذلك ومال من ذلك اذا كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعده
الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظم والروث جعل الروث نجسا عنده

الباب الخامس

واما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على انها غسل ومسح
ونضح لورود ذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على ان الغسل عام لجميع انواع
النجاسات ولجميع محال النجاسات وان المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين
والنعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على ان طهارته على
ظاهر حديث ام سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي اصول
هذا الباب احدها في النضح لاي نجاسة هو والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح
اما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بازالة بول الطفل الذي لم ياكل الطعام وقوم
فرقوا بين بول الذكر في ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثى فانه اعتمد
ما رواه ابو داود عن ابي السمح من قوله عليه الصلاة والسلام يغسل وقال قوم الغسل طهارة
ما تيقن نجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو مذهب مالك بن انس رضي الله عنه
وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الاحاديث في ذلك اعني اختلافهم في مفهومها وذلك
ان هاهنا حديثين ثابتين في النضح احدهما حديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم فاتي بصبي فبال عليه فدعا بماء فاتبعه بوله
ولم يغسله وفي رواية فنضحه ولم يغسله خرجه البخاري والآخر حديث انس المشهور
حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيتهم قال فقمت الى حصير لنا
قد اسود من طول ما لبس فنضحته بالماء فمن الناس من صار الى العمل بمقتضى حديث
عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناه من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار
الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا في حديث

انس وهو الثوب المشكوك فيه على مذهب مالك واما الذين فرقوا في ذلك بين بول الذكر
والانثى فانه اعتمد ما رواه ابو داود وغيره في الشيخ من قوله عليه الصلاة والسلام يغسل بول
الجارية وينضح بول الصبي واما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الانثى على الذكر الذي ورد فيه
الحديث الثابت واما المسح فان قوما اجازوه في كل محل كانت النجاسة اذا ذهب
عينها على مذهب ابي حنيفة وكذلك الفرك على قياس من يرى ان كل ما ازال العين فقد
طهر وقوم لم يجيزوه الا في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المراة وفي الخف وذلك
من القشب اليابس لا من الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهولاء لم يعدوا
المسح الى غير المواضع التي جاءت في الشرع واما الفرق بين اليابس فانهم عدوه والسبب
في اختلافهم في هل ما ورد من ذلك رخصة او حكم فمن قال رخصة لم يعدها الى غيرها
اعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من احكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه
واما اختلافهم في العدد فان قوما اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوما
ما اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل منهم من
اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه الى سائر
النجاسات اما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وابو حنيفة
واما من اشترط في الاستجمار العدد اعني ثلاثة احجار لا اقل من ذلك فمنهم الشافعي
واهل الظاهر واما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه و
هو غسل الاناء سبعا من ولوغ الكلب فالشافعي ومن قال بقوله واما من عداه واشترط
السبع في غسل النجاسات ففي اغلب ظني ان احمد بن حنبل منهم وابو حنيفة يشترط
الثلاثة في ازالة النجاسة الغير المحسوسة العين اعني الحكمية وسبب اختلافهم
في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة مع ظاهر اللفظ في الاحاديث التي ذكر فيها

العدد وذلك ان من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط
العدد اصلا وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار اعني في حديث سلمان الثابت الذي فيه
الامر ان لا يستنجى باقل من ثلاثة احجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من
الشرع والمسموع من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ
الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك واما من صار الى ظواهر هذه الاثار و
استثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها واما من رجح
الظاهر على المفهوم فانه عدا ذلك الى سائر النجاسات واما حجة ابي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه
الصلاة والسلام اذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده ثلاثا قبل ان يدخلها في انائه

الباب السادس

واما اداب الاستنجاء ودخول الخلاء فاكثرها محمولة عند
الفقهاء على الندب وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب اذا اراد الحاجة وترك
الكلام عليها والنهي عن الاستنجاء باليمين وان لا يمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد في
الاثار وانما اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط و
البول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة اقوال انه لا يجوز ان تستقبل
القبلة لغائط ولا لبول اصلا ولا في موضع من المواضع وقول انه يجوز ذلك باطلاق وقول
انه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المدن او غير المباني و
السبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان احدهما حديث ابي ايوب الانصاري
انه قال عليه الصلاة والسلام اذا اتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها
ولكن شرقوا او غربوا والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر انه قال ارتقيت على ظهر
بيت اختي حفصة فرايت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا لحاجته على لبنتين
مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب

احدها مذهب الجمع والثاني مذهب الترجيح والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية
اذا وقع التعارض واعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث
ابي ايوب على الصحاري وحيث لاسترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب
مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث ابي ايوب لانه اذا تعارض حديثان احدهما
فيه شرع موضوع والاخر موافق للاصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما
من المتاخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق
العدول وتركه الذي ورد ايضا من طريق العدول يمكن ان يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم
ويمكن ان يكون بعده فلم يجز ان يترك شرعا وجب العمل به بظن لم نومر ان نوجب النسخ
به الا لو نقل انه كان بعده فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع اعني
التي توجب رفعها وايجابها وليست هي اي ظن اتفق ولذلك ما يقولون ان العمل لم يجب
بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذي اوجب
العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة ابي محمد بن حزم
الاندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على اصول اهل الكلام الفقهي وهي راجعة الى انه
لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعي واما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل
عند التعارض فهو مبني على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلا حكم وهو مذهب
داود الظاهري ولكن خالفه ابو محمد في هذا الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك
مع انه من اصحابه فهذا هو الذي راينا ان نثبته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا
انها تجري مجرى الاصول وهي التي ينطق بها الشرع اكثر ذلك اعني ان اكثرها يتعلق
بالمنطوق به اما تعلقا قريبا او قريبا من القريب وان تذكرنا شيئا من هذا الجنس
اثبتناه في هذا الباب واكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى اربابها

على كتب

على كتب الاستذكار وانا قد ابحت لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله
المعين والموفق **كتاب الصلاة الاول** والصلاة بالجملة تنقسم
اولا الى فرض وندب والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة في اربعة
اجناس اعني اربع جمل الجملة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به والجملة
الثانية في معرفة شروطها الثلاثة اعني شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط
التمام والكمال والجملة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من افعال واقوال
وهي الاركان والجملة الرابعة في قضائها وفي معرفة اصلاح ما يقع فيها من الخلل
وجبره لانه قضاء ما اذا كان استدراكا الجملة الاولى وهذه الجملة فيها
اربع مسائل وهي في معنى اصول هذا الباب المسئلة الاولى في بيان وجوبها
الثانية في بيان عدد الواجبات منها الثالثة في بيان على من تجب الرابعة ما الواجب
على من تركها متعمدا الاول اما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة
ذلك تغني عن تكلف القول فيه الثانية واما عدد الواجب منها ففيه قولان احدهما قول
مالك والشافعي والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس الصلوات فقط لا غير والثاني قول
ابي حنيفة واصحابه ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالسنة
واجبا او فرضا لا معنى له وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة اما الاحاديث التي
مفهومها وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن ابينها في
ذلك ما ورد في حديث الاسراء المشهور انه لما بلغ الفرض قال له موسى ارجع الى ربك
فان امتك لا تطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل القول
لدي وحديث الاعرابي المشهور الذي سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الاسلام فقال
خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع واما الاحاديث
التي مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى

صلى الله عليه وسلم قال ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث خارجة
بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله امدكم بصلاة
هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلناه لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع
الفجر وحديث بريدة الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق
فمن لم يوتر فليس منا فمن رأى ان الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة
يبلغ بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث
وايضا فانه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء انه لا يبدل القول لدي وظاهره انه
لا يزاد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان اظهر والخبر ليس يدخله النسخ
ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب
العمل اوجب المصير الى هذه الزيادة لا سيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب
نسخا لكن ليس هذا مذهب ابي حنيفة المسئلة الثالثة واما على من تجب فعلى المسلم
البالغ ولا خلاف في ذلك الا بعض واما من تركها عمدا وامر بها فابى ان يصليها
لا جحودا لفرضها فان قوما قالوا يقتل وقوم قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا
يقتل منهم من اوجب قتله كفرا وهو مذهب احمد واسحاق وابن المبارك
ومنهم من اوجبه حدا وهو مذهب مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه
واهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلي والسبب في هذا الاختلاف
اختلاف الاثار انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل دم امرئ مسلم
الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان او زنى بعد احصان او قتل نفس بغير نفس
وروي عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة انه قال العهد الذي بيننا
وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه الصلاة و
السلام انه قال ليس بين العبد وبين الكفر او قال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر

هاهنا

هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام
كفر بعد ايمان ومن فهم هاهنا من الكفر التغليظ والتوبيخ اي ان افعاله افعال
كافر وانه في صورة الكافر كما قال لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق حين يسرق
وهو مؤمن لم ير قتله كفرا واما من قال يقتل حدا فضعيف ولا مستند له الا قياس
شبه ضعيف ان امكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة راس المامورات
والقتل راس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب
وتارك الصلاة معلوم انه ليس بمكذب الا ان يتركها معتقدا لتركها هكذا فنحن
اذا بين امرين اما ان اردنا ان نفهم من الحديث الكفر الحقيقي فيجب علينا ان نتاول
انه اراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقدا لتركها فقد كفر واما ان نحمل
اسم الكفر على غير موضعه الاول وذلك على احد معنيين اما على ان حكمه حكم الكافر
اعني في القتل وسائر احكام الكفار وان لم يكن مكذبا واما على ان افعاله افعال
كافر على جهة التغليظ والردع له اي ان فاعل هذا يشبه الكافر في الافعال اذ كان الكافر
لا يصلي كما قال عليه الصلاة والسلام لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن وحمله على ان
حكمه في احكامه حكم الكافر لا يجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد في الشرع
من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقي الذي هو
التكذيب ان يدل على المعنى المجازي لا على معنى يوجب حكما لم يثبت بعد في الشرع
بل ثبت ضده وهو انه لا يحل دمه اذ هو خارج عن الثلاثة الذين نص عليهم الشرع
فتامل هذا فانه بين والله اعلم اعني انه يجب علينا احد امرين اما ان نقدر في الكلام
محذوفا ان اردنا حمله على المعنى الشرعي المفهوم من اسم الكفر واما ان نحمله
على المعنى المستعار واما حمله على ان حكمه حكم الكافر في جميع احكامه مع انه مؤمن

شيء معارض للاصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفرا او حدا ولذلك صار
هذا القول مضاهيا لقول من يكفر بالذنوب الجملة الثانية في الشروط وهذه الجملة
فيها فصول ثمانية الاول في معرفة الاوقات الثاني في معرفة الاذان والاقامة الثالث في
معرفة القبلة الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة الخامس في اشتراط الطهارة من
النجس في الصلاة السادس في تعيين المواضع التي يصلى فيها من المواضع التي لا يصلى
فيها السابع في معرفة الشروط التي هي شرط في صحة الصلاة الثامن في معرفة
النية وكيفية اشتراطها في الصلاة الفصل الاول وهذا الفصل ينقسم اولا الى بابين
الباب الاول في معرفة الاوقات المامور بها الثاني في معرفة الاوقات المنهي
عنها والباب الاول ينقسم الى قسمين ايضا القسم الاول في الاوقات الموسعة و
المختارة والثاني في اوقات اهل الضرورة القسم الاول من الباب الاول والاصل في هذا
الباب قوله تعالى ان الصلاة كانت على المومنين كتابا موقوتا واتفق المسلمون على
ان للصلوات اوقاتا خمسا هي شرط في صحة الصلاة وان منها اوقات فضيلة واوقاتا
موسعة واختلفوا في حدود اوقات التوسعة والفضل وفيه خمس مسائل المسئلة
الاولى اتفقوا على ان اول وقت الظهر الذي لا يجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذا روي عن
ابن عباس والا ما روي من الخلاف في صلاة الجمعة على ما سياتي واختلفوا منها في موضعين في
اخر وقتها الموسع وفي وقتها المرغب فيه فاما اخر وقتها الموسع فقال مالك و
الشافعي وابو ثور وداود هو ان يكون ظل كل شيء مثله وقال ابو حنيفة اخر الوقت
ان يكون ظل كل شيء مثليه في احدى الروايتين عنه وهو عنده اول وقت العصر وقد
روي عنه ان اخر وقت الظهر هو المثل واول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين
ليس يصلح لصلاة الظهر ولا لصلاة العصر وبه قال صاحباه ابو يوسف ومحمد وسبب

الخلاف

الخلاف في ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد في امامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله
عليه وسلم الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثله
ثم قال بعد ذلك الوقت ما بين هذين وروي عنه انه قال صلى الله عليه وسلم انما بقاؤكم
فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس اوتي اهل التورية التورية
فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم اوتي اهل الانجيل الانجيل
الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم اوتينا القران فعملنا الى غروب
الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال اهل الكتابين اي ربنا اعطيت هولاء
قيراطين قيراطين واعطيتنا قيراطا قيراطا ونحن كنا اكثر عملا قال الله تعالى هل ظلمتكم
من اجركم من شيء قالوا لا قال فهو فضلي اوتيه من اشاء فذهب مالك والشافعي
الى حديث امامة جبريل وذهب ابو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه اذا كان
من العصر الى الغروب اقصر من اول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب
ان يكون اول العصر اكثر من قامة وان يكون هذا هو اخر وقت الظهر قال ابو محمد بن حزم
وليس هو كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهي من النهار الى تسع
ساعات وكسر انا الشاك في الكسر واظنه قال وثلث وحجة من قال باتصال الوقتين
اعني اتصالا بغير فصل بينهما قوله عليه الصلاة والسلام لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل
وقت اخرى وهو حديث ثابت واما وقتها المرغب فيه المختار فذهب مالك الى انه
للمنفرد اول الوقت ويستحب تاخيرها عن اول الوقت قليلا في مساجد الجماعات وقال
الشافعي اول الوقت افضل الا في شدة الحر وروي مثل ذلك عن مالك وقالت طائفة
اول الوقت افضل بالاطلاق للمنفرد والجماعة وفي الحر والبرد وانما اختلفوا
في ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان في ذلك حديثين ثابتين احدهما قوله عليه

الصلاة والسلام اذا اشتد الحر فابردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم والحديث
الثاني ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يصلي الظهر بالهاجرة وفي حديث خباب
انهم شكوا اليه حر الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم قال زهير راوي الحديث قلت لابي
اسحق شيخه افي الظهر قال نعم قلت افي تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد
اذ هو نص وتاولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث
لعموم ما روي من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل اي الاعمال افضل فقال
الصلاة لاول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه اعني لاول ميقاتها
مختلف فيها المسئلة الثانية اختلفوا في صلاة العصر في موضعين احدهما في
اشتراك اول وقتها مع اخر وقت صلاة الظهر والثاني في اخر وقتها فاما اختلافهم
في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعي وداود وجماعة على ان اول وقت
العصر هو بعينه اخر وقت الظهر واول وقت العصر هو وقت مشترك للصلاتين
معا اعني بقدر ما يصلى فيه اربع ركعات واما الشافعي وابو ثور وداود فاخر
وقت الظهر عندهم هو الان الذي هو اول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال
ابو حنيفة كما قلنا اول وقت العصر ان يصير ظل كل شيء مثليه وقد تقدم سبب
اختلاف ابي حنيفة معهم في ذلك واما سبب اختلاف مالك مع الشافعي ومن قال
بقوله في هذه فمعارضة حديث جبريل في هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر وذلك
انه جاء في امامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الثاني
في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم الاول وفي حديث ابن عمر انه قال عليه الصلاة
والسلام وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل
جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبد الله لم يجعل بينهما اشتراكا

وحديث

وحديث جبريل امكن ان ينصرف الى حديث عبد الله وحديث عبد الله الى حديث جبريل لانه
يحتمل ان يكون الراوي تجوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين وحديث امامة جبريل صححه الترمذي
وحديث ابن عمر خرجه مسلم واما اختلافهم في اخر وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان
احداهما ان اخر وقتها ان يصير ظل كل شيء مثليه وبه قال الشافعي والرواية الثانية
ان اخر وقتها ما لم تصفر الشمس وهو قول احمد بن حنبل وقال اهل الظاهر اخر
وقتها قبل غروب الشمس بركعة والسبب في ذلك ثلاثة احاديث متعارضة الظاهر
احدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه فاذا صليتم العصر فانه وقت الى ان
تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر ما لم تصفر الشمس والحديث الثاني صح
حديث ابن عباس في امامة جبريل وفيه انه صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء
مثليه والثالث حديث ابي هريرة المشهور من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب
الشمس فقد ادرك العصر ومن ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك
الصبح فمن صار الى الترجيح حديث امامة جبريل جعل اخر وقتها المختار المثلين
ومن صار الى ترجيح حديث عبد الله بن عمر جعل اخر وقتها المختار اصفرار الشمس
ومن صار الى ترجيح حديث ابي هريرة قال وقت العصر الى ان تبقى ركعة قبل غروب
الضروري
الشمس كما قلنا وهم اهل الظاهر واما الجمهور فسلكوا في حديث ابي
هريرة وحديث ابن عمر مع حديثي ابن عباس وابن عمر اذا كان معا
رضي الله عنهما على التعارض مسلك الجمع لان حديثي ابن عباس وابن عمر
تفاوت الحدود المذكورة فيهما ولذلك لمرة قال طلب بعضها ومرة
قال في الحد والذي في حديث ابي هريرة فجعلوه منها ومتفاوت

بعد الواحد حديث ابي هريرة اما خرج مخرج اهل الاعذار. المسألة الثالثة اختلفوا في المغرب
هل لها وقت موسع كسائر الصلوات ام لا فذهب قوم الى ان وقتها واحد غير موسع
وهذا اشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي وذهب قوم الى ان وقتها موسع
وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال احمد وابو حنيفة وابو ثور
وداود وقد روي هذا القول عن مالك والشافعي وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث
امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلى المغرب
في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد الله بن عمر ووقت صلاة المغرب ما لم يغب
الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتا واحدا ومن رجح حديث عبد الله
جعل لها وقتا موسعا وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث
امامة جبريل اعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام
عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث
عبد الله من ذلك هو موجود ايضا في حديث بريدة الاسلمي خرجه مسلم وهو
اصل في هذا الباب وقالوا وحديث بريدة اولى لانه كان بالمدينة عند سؤال
السائل له عن اوقات الصلوات وحديث جبريل كان في اول الفرض بمكة. المسألة
الرابعة واختلفوا من وقت العشاء الاخرة في موضعين احدهما في اوله والثاني في
اخره اما اوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب
ابو حنيفة الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة وسبب اختلافهم في هذه
المسألة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما ان الفجر فجران كذلك الشفق
شفقان احمر وابيض ومغيب الشفق الابيض يلزم ان يكون بعده من اول الليل

اما

اما بعد الفجر المستنير من اخر الليل اعني الفجر الكاذب واما بعد الفجر الابيض المستطير
فتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوالع اذا اربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر
والشمس وكذلك يجب ان تكون الغوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد الشفق
الابيض فوجده يبقى الى ثلث الليل صحيح ان حمل على البياض الاخير وحمله على انه البياض
الاول كذب بالقياس والتجربة وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة
وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الاول حين غاب الشفق
وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي
العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثالثة ورجح ابو حنيفة مذهبه بما ورد في تاخير
العشاء واستحباب تاخيره وقوله عليه الصلاة والسلام لولا ان اشق على
امتي لاخرت هذه الصلاة الى نصف الليل واما اخر وقتها فيهم على ثلاثة اقوال قول انه ثلث الليل
وقول انه نصف الليل وقول انه الى طلوع الفجر وبالاول اعني ثلث الليل قال الشافعي
وابو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروي عن مالك القول الثاني اعني نصف الليل
واما الثالث فقول داود وسبب الاختلاف في ذلك تعارض الاثار ففي حديث
امامة جبريل انه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام في اليوم الثاني ثلث
الليل وفي حديث انس انه قال اخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف
الليل خرجه البخاري وروي ايضا من حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى نصف الليل
وفي حديث ابي قتادة ليس التفريط في النوم انما التفريط ان تؤخر الصلاة حتى يدخل
وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل

احمد

ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث انس قال شمل الليل واما اهل الظاهر فاعتمدوا
حديث ابن قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ
ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب ان يصار الى استصحاب
حال الاجماع وقد اتفقوا على ان الوقت يخرج بعد طلوع الفجر فاختلفوا فيما قبل
جانا وبناء على ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب ان يستصحب حكم
الوقت الا حيث وقع الاتفاق على خروجه واحسبه ان به قال ابو حنيفة المسألة
الخامسة واتفقوا على ان اول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع
الشمس الا ما روي عن ابن القاسم وعن بعض اصحاب الشافعي من ان آخر وقتها الاسفار
واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وابو حنيفة واصحابه والثوري
واكثر العراقيين الى ان الاسفار بها افضل وذهب مالك والشافعي واحمد
بن حنبل وداود وابو ثور الى ان التغليس بها افضل وسبب اختلافهم اختلافهم
في طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه
الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال اسفروا بالصبح فكلما اسفرتم
فهو اعظم للاجر وروي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل اي الاعمال
افضل قال الصلاة لاول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان
يصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر
الحديث انه كان عمله في الاغلب فمن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة (الصلاة)
لاول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضي على العام اذ هو استثناء استثنى
من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه

انما تفضل

53

انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لا لانه كان ذلك غالب احواله صلى الله عليه وسلم
فقال الاسفار افضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة
له ولانه نص في ذلك او ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن ان يريد بذلك
تبيين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في ذلك
تعارض قال افضل الوقت اوله واما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه
اعتمد في ذلك على حديث بريدة وفيه انه صلى الصبح في اليوم الاول حين انشق الفجر
وفي الثاني حين اسفر وقال الوقت بين هذين وحديث ابي هريرة وهو قوله عليه
الصلاة والسلام من ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح
وذلك انهم تاولوا الحديث في هذا انه لغير اهل الضرورات اعني قوله عليه الصلاة
والسلام من ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح وهذا
شبيه بما فعله الجمهور في العصر والعجب انهم عدلوا عن ذلك في هذا ووافقوا اهل
الظاهر ولذلك لاهل الظاهر ان يطالبوهم بالفرق بين ذلك القسم الثاني من الباب
الاول فاما اوقات الضرورة والعذر فاثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها
اهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين اثبتوها في
ثلاثة مواضع احدها لاي الصلوات توجد هذه الاوقات ولايها لا توجد والموضع
الثاني في حدود هذه الاوقات والثالث فيمن هم اهل العذر الذين رخص لهم
في هذه الاوقات وفي احكامهم في ذلك اعني من وجوب الصلاة ومن سقوطها فصل
المسألة الاولى اتفق مالك والشافعي على ان هذا الوقت هو لاربع صلوات
للظهر والعصر مشتركا بينهما وللمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا

في جهة الاشتراك الا على المسافر بعرفة وخالفهم ابو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو
للعصر فقط وانه ليس ههنا وقت مشترك وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم
في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احدهما على ما سياتي بعد من تمسك بالنص
الوارد في صلاة العصر اعني الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام من ادرك ركعة
من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد ادرك العصر وفهم منه الرخصة ولم يجز
الاشتراك في الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت
الاخرى ولما سنذكره بعد في باب الجمع مرجحا العرفيين قال انه لا يكون هذا الوقت
الا لصلاة العصر فقط ومن اجاز الاشتراك في الجمع قاس عليه اهل الضرورات
لان المسافر ايضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر
والمغرب والعشاء. المسألة الثانية اختلف مالك والشافعي في اخر الوقت
المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار اربع ركعات
للحاضر وركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو مقدار اربع
ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتين للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر
اما اربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنتان للمسافر اعني انه من ادرك الوقت
الخاص فقط لم يلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن تلزمه الصلاة
قبل ذلك الوقت ومن ادرك اكثر من ذلك ادرك الصلاتين معا او حكم ذلك الوقت
وجعل اخر الوقت الخاص بصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك جعل
في اشتراك المغرب والعشاء الا ان الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار
ثلاث ركعات قبل ان يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الاخرة كما فعل في العصر
فقال

فقال هو مقدار اربع ركعات وهو القياس وجعل اخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل
طلوع الفجر واما الشافعي فجعل حدود اواخر هذه الاوقات المشتركة حدا واحدا وهو
ان يدرك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معا وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة
اعني انه من ادرك تكبيرة قبل غروب الشمس ومقدار ركعة ايضا قبل انصداع الفجر
وذلك للمغرب والعشاء معا فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معا واما ابو حنيفة
فوافق مالكا في ان وقت العصر مقدار ركعة لاهل الضرورات عنده قبل الغروب
ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص وسبب اختلافهم اعني مالكا والشافعي
هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معا يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت
مشترك الوقت للصلاتين معا يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت
مشترك او انما يقتضي ان لهما وقتا مشتركا فقط وحجة الشافعي ان الجمع انما دل
على الاشتراك فقط لا على وقت خاص واما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة
على الاشتراك في وقت التوسعة اعني انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع
وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب ان يكون الامر كذلك في اوقات الضرورة
والشافعي لا يوافقه على الاشتراك في الظهر والعصر في وقت التوسعة فخلافهما في هذه
المسألة انما ينبني والله اعلم على خلافهم في المسألة الاولى فتامله فانه بين والله اعلم
المسألة الثالثة واما هذه الاوقات اعني اوقات الضرورة فاتفقوا على انها
لاربع للحائض تطهر في هذه الاوقات او تحيض في هذه الاوقات وهي لم تصل والمسافر
يذكر الصلاة في هذه الاوقات وهو حاضر والحاضر يذكرها فيها وهو مسافر
والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم واختلفوا في المغمى عليه فقال مالك والشافعي هو

كالحائض من اهل هذه الاوقات لانه لا يقضي عنده من الصلاة التي ذهب وقتها وعند
ابي حنيفة انه يقضي الصلاة فيما دون الصلاة التي ذهب وقتها وعند ابي حنيفة
انه يقضي الصلاة فيما دون الخمس فاذا افاق عنده من اغماء اتى عليه متى ما افاق قضى الصلاة
وعند الاخر انه اذا افاق في اوقات الضرورة لزمته الصلاة التي افاق في وقتها واذا
لم يبق فيها لم تلزمه من الصلاة وسياتي مسألة المغمى عليه فيما بعد واتفقوا
على ان المراة اذا طهرت في هذه الاوقات انه تجب عليها الصلاة التي طهرت في وقتها
عند مالك فمن بقي من النهار اربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط
لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلاتان معا وعند الشافعي ان بقي ركعة
للغروب فالصلاتين معا كما قلنا او تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند
مالك في المسافر الناسي يحضر في هذه الاوقات او الحاضر يسافر في هذه الاوقات
وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات اعني انه تلزمه الصلاة وكذلك الصبي يبلغ
والسبب في ان جعل مالك الركعة حد الاخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة
حدا مثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام من ادرك ركعة من العصر
قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل
على الاكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالاكثر على الاقل وايد هذا بما
روي من ادرك سجدة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر
فانه فهم من السجدة هاهنا اسم الركعة وفيه ضعف وذلك على قوله الثاني
قال فيه انه من ادرك منهم تكبيرة قبل الغروب او الطلوع فقد ادرك الوقت
ومالك يرى ان الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك

الصبي

55

الصبي يبلغ واما الكافر يسلم فيعتد له بوقت الاسلام دون الفراغ
من الطهر وفيه خلاف والمغمى عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم
ومالك يرى ان الحائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل بعد ان القضاء ساقط
عنها والشافعي يرى ان القضاء واجب عليها وهو اللازم لمن يرى ان الصلاة تجب
بدخول اول الوقت لانها اذا طهرت وقد مضى من الوقت ما يمكن ان يقع فيه
الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة انما تجب باخر الوقت
وهو مذهب ابي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول ابي حنيفة اعني
جار على اصوله لا على اصول قول مالك

الباب الثاني في الاوقات

المنهي عن الصلاة فيها وهذه الاوقات اختلف العلماء فيها في موضعين احدهما
في عددها والثاني في الصلوات التي يتعلق النهي عن فعلها فيها المسألة
الاولى اتفق العلماء على ان ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة فيها وهي وقت
طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع
الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب
مالك واصحابه الى ان الاوقات المنهي عنها هي اربعة الطلوع والغروب وبعد
الصبح وبعد العصر واجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي الى ان هذه
الاوقات الخمسة كلها منهي عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فانه اجاز فيه الصلاة
واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر وسبب الخلاف في ذلك احد شيئين
اما معارضة اثر لاثر واما معارضة الاثر للعمل عند من راعى العمل اعني عمل اهل
المدينة وهو مالك بن انس فحيث ورد النهي ولم يكن هنالك معارض لا من قول ولا من عمل

اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا اما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة
العمل فيه الاثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قال ثلاث
ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى ان يصلى فيهن وان نقبر فيهن
موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل
الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث ابي عبد الله الصنابحي في معناه ايضا ولكنه
منقطع خرجه مالك في موطئه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة في هذه الاوقات
الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال اما باطلاق وهو
مالك واما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي اما مالك فلان العمل عنده بالمدينة
لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث اعني الزوال اباح الصلاة
فيه واعتقد ان ذلك النهي منسوخ بالعمل واما من لم ير للعمل تاثيرا فبقي على
اصله في المنع وقد تكلمنا في العمل وقوته في كتابنا في الكلام
الفقهي وهو الذي يدعى باصول الفقه واما الشافعي فلما صح
عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة ابن ابي مالك القرظي
انهم كانوا في زمان عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة
حتى يخرج عمر ومعلوم ان خروج عمر كان
بعد الزوال على ما صح من ذلك من حديث الطنفسة
التي كانت تطرح الى جدار المسجد الغربي فاذا غشي الطنفسة كلها

ظل

ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما رواه ايضا عن ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم
الجمعة استثنى من ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل في ايام
عمر بذلك وان كان الاثر عنده ضعيفا واما من رجح الاثر الثابت في ذلك
فبقي على اصله في النهي واما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه
تعارض الاثار الثابتة في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين احدهما
حديث ابي هريرة المتفق على صحته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن الصلاة بعد الصلاة العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد
الصبح حتى تطلع الشمس والحديث الثاني حديث عائشة قالت ما ترك
رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سرا ولا علانية ركعتين
قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث ابي هريرة قال بالمنع ومن رجح
حديث عائشة او رآه ناسخا لانه العمل الذي مات عليه عليه الصلاة
والسلام قال بالجواز وحديث ام سلمة معارض لحديث عائشة وفيه
انها رات رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتين بعد العصر فسالته
عن ذلك فقال انه اتاني ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلوني
عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان المسألة الثالثة
اختلف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب ابو حنيفة

وأصحابه إلى أنه لا يجوز في هذه الأوقات صلاة بإطلاق لا في فريضة مقضية
ولا سنة ولا نافلة إلا عصر يومه قالوا فإنه يجوز أن يقضيه عند غروب
الشمس إذا نسيه واتفق مالك والشافعي أنه يقضي الصلوات المفروضة
في هذه الأوقات وذهب الشافعي إلى أن الصلاة التي لا تجوز في هذه الأوقات
هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة
تجوز في هذه الأوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح
أعني في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فإن الشافعي
يجيز هاتين الركعتين بعد العصر والصبح ولا يجيز ذلك مالك واختلف قول
مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات
التي لا تجوز في هذه الأوقات هي ما عدا الفرض ولم يعد سنة من نفل فتحصل
في ذلك ثلاثة أقوال القول بمنع الصلوات بإطلاق وقول إنها ما عدا المفروضة
سواء كانت سنة أو نفلا وقول إنها النفل دون السنن وعلى الرواية
التي منع مالك فيها صلاة الجنازة عند الغروب قول رابع وهو أنها النفل
فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معا عند الطلوع والغروب
وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات المتعارضة
في ذلك أعني الواردة في السنة وأي يخصص بأي وذلك أن عموم قوله عليه
الصلاة والسلام إذا نسي أحدكم الصلاة فليصلها إذا ذكرها يقتضي

استغراق

استغراق جميع الأوقات وقوله في أحاديث النهي في هذه الأوقات نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضي أيضا عموم أجناس
الصلوات أعني المفروضات والسنن والنوافل فمتى حملنا الحديثين
على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض وهو من جنس التعارض الذي يقع
بين العام والخاص إما في الزمان وإما في اسم الصلاة فمن ذهب إلى الاستثناء
في الزمان أعني استثناء الخاص من العام منع الصلوات بإطلاق في تلك الساعات
ومن ذهب إلى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم
الصلاة المنهي عنها منع ما عدا الفرض في تلك الأوقات وقد رجح مذهبه
من استثنى الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله
عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس
فقد أدرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات
المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك الصبح أيضا للنص
الوارد فيها ولا بد وإذ ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج
للوقت المباح وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا إن هذا الحديث ليس يدل على
استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة الذي تعلق النهي به في
تلك الأوقات لأن عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك
كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقضي في الوقت المنهي عنه فإذا الخلاف

للوقت المنهي عنه [illegible]
قبل الغروب [illegible]

بينهم دليل على ان المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص اريد به
الخاص او من باب الخاص اريد به العام وذلك ان من رأى ان المفهوم من ذلك
نهي صلاة العصر والصبح المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص اريد به
الخاص ومن رأى ان المفهوم من ذلك ليس هي صلاة العصر فقط ولا الصبح بل
جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص اريد به العام واذا كان
ذلك كذلك وليس هاهنا دليل قاطع على ان الصلوات المفروضة هي
المستثناة من امر الصلاة الفائتة كما انه ليس هاهنا دليل قاطع اصلا
ولا غير قاطع على ان استثناء الازمان الخاص الوارد في احاديث النهي من الزمان
العام الوارد في احاديث الامر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق
بها في احاديث الامر من الصلاة العامة المنطوق بها في احاديث النهي وهذا
بين فانه اذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب ان يصار
الى تغليب احدهما الا بدليل اعني استثناء خاص هذا من عام ذلك وخاص
ذلك من عام هذا وذلك بين والله اعلم

الفصل الثاني

وهذا الفصل ينقسم قسمين الاول في الاذان والثاني في الاقامة

القسم الاول

وهذا القسم يجمع الكلام فيه في خمسة ابواب الاول في صفته والثاني في حكمه والثالث في وقته
والرابع في شروطه والخامس فيما يقوله السامع له

الباب الاول

اختلف العلماء في الاذان على اربع صفات مشهورة احداها تثنية

فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى وهذا مذهب اهل المدينة مالك وغيره
واختار المتأخرون من اصحاب مالك الترجيع وهو ان يثني الشهادتين اولا
خفيا ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت والصفة الثانية اذان المكيين
وبه قال الشافعي وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وتثنية باقي
الاذان وبه قال ابو حنيفة والصفة الرابعة اذان البصريين وهو تربيع
التكبير الاول وتثليث الشهادتين وحي على الصلاة وحي على الفلاح يبدأ
باشهد ان لا اله الا الله حتى يصل حي على الفلاح ثم يعيد مرة ثانية اعني
الاربع كلمات تبعا ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصري وابن سيرين
والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار
في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين
يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون كذلك ايضا
يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل
واحد منهم آثار تشهد لقوله اما تثنية التكبير في اوله على مذهب اهل
الحجاز فروي من طرق صحاح عن ابي محذورة وعبد الله بن زيد الانصاري وتربيعه
ايضا مروي عن ابي محذورة من طرق اخر وعن عبد الله بن زيد قال الشافعي
وهي زيادة يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة واما الترجيع الذي
اختاره المتأخرون من اصحاب مالك فروي من طريق ابي قدامة قال
ابو عمر وابو قدامة عندهم ضعيف واما الكوفيون فبحديث ابي ليلى

وفيه أن عبد الله بن زيد رأى في النوم رجلا قام على جذم حائط وعليه
بردان أخضران فأذن مثنى وأقام مثنى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقام بلال فأذن مثنى والذي خرجه البخاري في هذا الباب إنما
هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالا أمر أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة
إلا قد قامت الصلاة فإنه يثنيها وخرج مسلم عن أبي محذورة على صفة
أذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذي ورد في الأذان رأى أحمد بن حنبل
وداود أن هذه الصفات المختلفة إنما وردت على التخيير لا على إيجاب واحدة
منها وأن الإنسان مخير فيها واختلفوا في قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة
خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور إلى أنه يقال ذلك فيها وقال
آخرون إنه لا يقال لأنه ليس من الأذان المسنون وبه قال الشافعي وسبب
اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك في زمان النبي عليه الصلاة والسلام أو في زمان
عمر. الباب الثاني اختلف العلماء في حكم الأذان هل هو واجب
أو سنة مؤكدة وإن كان واجبا فهل هو من فروض الأعيان أو من فروض
الكفايات فقيل عن مالك إن الأذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل
سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة وقال بعض أهل
الظاهر هو واجب على الأعيان وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في
حضر وقال بعضهم في السفر واتفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه سنة
للمنفرد والجماعة إلا أنه آكد في حق الجماعة قال أبو عمر واتفق الكل على

انه

أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصري لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان إذا سمع النداء لم يغر وإذا لم يسمعه أغار والسبب في اختلافهم معارضة
المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لمالك بن الحويرث ولصاحبه إذا كنتما في سفر فأذنا وأقيما
وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روي من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم
في الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال إنه فرض على الأعيان أو على
الجماعة وهو الذي حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه الدعاء
إلى الاجتماع إلى الصلاة قال إنه سنة للمساجد أو فرض في المواضع التي
يجتمع إليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين أن يكون قولا من أقاويل
الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع. الباب الثالث
وأما وقت الأذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها
ما عدا الصبح فإنهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي إلى أنه يجوز
أن يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح من
أذانين أذان قبل الوقت وأذان بعده وقال أبو محمد بن حزم ولا بد لها من
أذان بعد الوقت وإن أذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير
قدر ما يهبط الأول ويصعد الثاني والسبب في اختلافهم أنه ورد في ذلك
حديثان متعارضان أحدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه
الصلاة والسلام إن بلالا ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم

مكتوم وكان ابن أم مكتوم رجلا أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت
والحديث الثاني ما روي عن ابن عمر أن بلالا أذن قبل طلوع الفجر فأمره
النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادي ألا إن العبد قد نام وحديث الحجازيين
أثبت وحديث الكوفيين أيضا خرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم
فذهب الناس في هذين الحديثين إما مذهب الجمع وإما مذهب الترجيح فمن ذهب
الترجيح فالحجازيون فإنهم قالوا حديث بلال أثبت والمصير إليه أوجب
وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك أنهم قالوا يحتمل أن يكون
نداء بلال في وقت يشك فيه في طلوع الفجر لأنه كان في بصره ضعف ويكون نداء
ابن أم مكتوم في وقت يتيقن فيه طلوع الفجر ويدل على ذلك ما روي عن عائشة
أنها قالت لم يكن بين أذانيهما إلا بقدر ما يهبط هذا ويصعد هذا وأما
من قال إنه يجمع بينهما أعني أنه كان يؤذن لها قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر
ما روي من ذلك في صلاة الصبح خاصة أعني أنه كان يؤذن لها في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم الباب
الرابع في الشروط وفي هذا الباب فيه مسائل ثمان أحدها هل من شرط
من أذن أن يكون هو الذي يقيم أم لا والثانية هل من شرط الأذان أن لا يتكلم
في أثنائه أم لا والثالثة هل من شرطه أن يكون على طهارة أم لا والرابعة
هل من شرطه أن يكون متوجها إلى القبلة أم لا والخامسة هل من شرطه أن يكون
قائما أم لا والسادسة هل يكره أذان الراكب أم ليس يكره والسابعة

هل من شرطه البلوغ أم لا والثامنة هل من شرطه أن لا يأخذ على الأذان أجرا أم يجوز له
أن يأخذه وأما اختلافهم في الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر فأكثر فقهاء
الأمصار على إجازة ذلك وذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز ذلك والسبب في ذلك
أنه ورد في هذا حديثان متعارضان أحدهما حديث الصدائي قال أتيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلما كان أوان الصبح أمرني فأذنت ثم قام إلى الصلاة
فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أخا صداء أذن
ومن أذن فهو يقيم والحديث الثاني ما روي أن عبد الله بن زيد حين أري
الأذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فأذن ثم أمر عبد الله
فأقام فمن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله متقدم وحديث الصدائي
متأخر ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبد الله أثبت لأن حديث
الصدائي انفرد به عبد الرحمن بن زياد الإفريقي وليس بحجة عندهم
وأما اختلافهم في الأجرة على الأذان فلمكان اختلافهم في تصحيح الحديث
الوارد في ذلك أعني حديث عثمان بن أبي العاص وفيه أنه قال إن من آخر ما
عهد إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على
أذانه أجرا ومن منعه قاس الأذان في ذلك على الصلاة وأما سائر
الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسهم الأذان على الصلاة فمن
قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة في الصلاة ومن لم
يقسها لم يوجب ذلك قال أبو عمر بن عبد البر فروينا عن وائل بن حجر

قال هو سنة مسنونة لا يؤذن إلا وهو قائم ولا يؤذن إلا على طهارة قال
وأبو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل في المسند وهو أولى من القياس
وقد خرج الترمذي عن أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يؤذن إلا متوضئ

الباب الخامس اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب
قوم إلى أن يقول ما يقول كلمة بكلمة إلى آخر النداء وذهب آخرون إلى أنه
يقول مثل ما يقول المؤذن إلا إذا قال حي على الصلاة حي على الفلاح فإنه يقول
لا حول ولا قوة إلا بالله والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك
أنه قد روي من حديث أبي سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام قال إذا
سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول وجاء من طريق عمر بن الخطاب
وحديث معاوية أن السامع يقول عند حي على الصلاة حي على الفلاح
لا حول ولا قوة إلا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث
أبي سعيد الخدري ومن بنى العام على الخاص جمع بين الحديثين و
هو مذهب مالك بن أنس المشهور من مذهبه أن الحكاية إلى آخر
التشهدين. القسم الثالث في الإقامة واختلفوا في الإقامة في موضعين
في حكمها وفي صفتها أما حكمها فإنها عند فقهاء الأمصار في حق الأعيان
والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الأذان وهي عند أهل الظاهر فرض
ولا أدري هل هي عندهم فرض على الإطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق
بينهما أن على القول الأول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل وقال

ابن

ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عمدا بطلت صلاته والسبب في هذا الاختلاف
هو هل هي من الأفعال التي وردت بيانا لمجمل الأمر بالصلاة فتحمل على الوجوب
لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا كما رأيتموني أصلي أو هي من الأفعال التي تحمل
على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضا في
الجماعة وإما على المنفرد وأما صفة الإقامة فإنها عند مالك والشافعي
أما التكبير الذي في أولها فمثنى وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة إلا قوله قد قامت
الصلاة فإنها عند الشافعي مرتين وعند مالك واحدة وأما الحنفية
فإن الإقامة عندهم مثنى مثنى وخير أحمد بن حنبل بين الإفراد والتثنية
على رأيه في التخيير في النداء وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا
المعنى وحديث ابن أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت أمر بلالا
أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة إلا قد قامت الصلاة وفي حديث ابن أبي ليلى
أنه عليه الصلاة والسلام أمر بلالا فأذن مثنى وأقام مثنى والجمهور أنه
ليس على النساء أذان ولا إقامة وقال مالك إن أقمن فحسن وقال
الشافعي إن أذن وأقمن فحسن وقال إسحاق عليهن الأذان والإقامة
وروي عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف
آيل إلى هل تؤم المرأة أو لا تؤم وهل الأصل أنها في معنى الرجل في كل
عبادة إلا أن يقوم الدليل على تخصيصها أو في بعضها ليس كذلك في
بعضها يطلب الدليل. الفصل الثالث في القبلة واتفق المسلمون

على ان التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى ومن حيث
خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام اما اذا ابصر البيت فالفرض عندهم
هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك واما اذا غابت الكعبة عن الابصار
فاختلفوا من ذلك في موضعين احدهما هل الفرض هو العين او الجهة والثاني
هل فرضه الاصابة او الاجتهاد اعني اصابة الجهة او العين عند من اوجب
العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب اخرون الى انه الجهة والسبب
في اختلافهم هل في قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام محذوف حتى
يكون تقديره ومن حيث خرجت فول وجهك جهة المسجد الحرام او ليس هاهنا
محذوف اصلا وان الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال الفرض
العين والواجب حمل الكلام على حقيقته حتى يدل الدليل على حمله على المجاز
وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام
ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين
على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين اعني
اذا لم تكن الكعبة مبصرة والذي اقول انه لو كان واجبا قصد العين لكان
حرجا وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فان اصابة العين
شيء لا يدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد
في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه
بطريق الهندسة المبني على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها

واما

واما المسألة الثانية وهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة او الاجتهاد
فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه اخطأ اعاد الصلاة
ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له الخطأ وقد
كان صلى الكل قبل باجتهاده واما الشافعي فزعم ان فرضه الاصابة وانه اذا
تبين انه اخطأ اعاد ابدا وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يتعمد
او صلى بغير اجتهاده وبه قال مالك وابو حنيفة الا ان مالكا استحب
له الاعادة في الوقت وسبب الخلاف في ذلك معارضة الاثر الوارد في ذلك اما
القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا
على ان الفرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت
اعاد ابدا الا خلافا شاذا في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وما روي
عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق
ثم انكشف له انه صلى قبل غيبوبة الشفق انها قد مضت صلاته ووجه
الشبه ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة واما الاثر فحديث
عامر بن ربيعة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء
في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجه وعلمنا فلما
اصبح اذا نحن صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت ولله المشرق والمغرب فاينما
تولوا فثم وجه الله وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فيمن

صلى ما انكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى ومن حيث
خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام ومن لم يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات
الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب هذا الاثر لم تبطل صلاته وفي هذا
الباب مسألة مشهورة وهو جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا
في ذلك فمنهم من منعه على الاطلاق ومنهم من اجازه على الاطلاق ومنهم
من فرق بين النفل في ذلك والفرض وسبب اختلافهم تعارض الاثار
في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل احد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا
البيت كما يسمى من استقبله من خارج ام لا اما الاثر فانه ورد في ذلك حديثان
متعارضان كلاهما ثابت احدهما حديث ابن عباس قال لما دخل رسول الله
صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج
ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله
بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو واسامة بن زيد
وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فاغلقها عليه ومكث فيها فسالت
بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل
عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة اعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب
مذهب الترجيح او النسخ قال بمنع الصلاة مطلقا ان رجح
حديث ابن عباس واما باجازتها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب
مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على
النفل

النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام
خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ومن ذهب مذهب سقوط الاثر عند
التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز
الصلاة داخل البيت اصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع
عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن
جوزه اجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة في البيت واتفق
العلماء باجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة اذا صلى منفردا
كان او اماما وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام اذا وضع احدكم بين يديه
مثل مؤخرة الرحل فليصل واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور
ليس عليه ان يخط وقال احمد بن حنبل يخط بين يديه وسبب اختلافهم
اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد والاثر رواه ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام
قال اذا صلى احدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يجد فلينصب عصا
فان لم يكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره ما مر بين يديه خرجه ابو داود
وكان احمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روي انه صلى الله عليه وسلم
صلى لغير سترة والحديث الثالث انه كان تخرج له العنزة فهذه جملة
قواعد هذا الباب وهي اربع مسائل الفصل الرابع وهذا الفصل
ينقسم قسمين احدهما في ستر العورة والثاني فيما يجزئ من اللباس في الصلاة
واتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط

من شرط صحة الصلاة أو لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة
وظاهر مذهب مالك أنها من سنن الصلاة وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى
أنها من فروض الصلاة وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم
في مفهوم قوله تعالى يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد هل الأمر بذلك
على الوجوب أو على الندب فمن قال على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج
لذلك بأن سبب نزول هذه الآية كان أن المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة
وتقول اليوم يبدو بعضه أو كله فما بدا منه فلا أحله فنزلت هذه الآية وأمر
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت
عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء و
غير ذلك واحتج لذلك بما جاء في الحديث أنه كان رجال يصلون مع النبي
صلى الله عليه وسلم عاقدي أزرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال
للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوي الرجال جلوسا قالوا ولذلك
من لم يجد ما يستر عورته لم يختلف فيه أنه يصلي واختلف فيمن عدم
الطهارة هل يصلي أو لا يصلي وأما المسألة الثانية وهو حد العورة من
الرجل فذهب مالك والشافعي إلى أن حد العورة ما بين السرة والركبة
وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم العورة هي السوأتان فقط من الرجل
وسبب الخلاف في ذلك أثران متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث
جرهد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الفخذ عورة والحديث الثاني حديث أنس

أن

أن النبي صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخاري
وحديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج
والفخذ وأما المسئلة الثانية وهي حد العورة في المرأة فأكثر العلماء
على أن بدنها كلها عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب أبو حنيفة إلى أن قدميها
ليستا بعورة وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن إلى أن المرأة كلها عورة وسبب
اختلافهم في ذلك احتمال قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها هل
هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم إنما المقصود به ما لا يملك
ظهوره عند الحركة فمن رأى أن المقصود ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها
كلها عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى يا أيها النبي قل لأزواجك
وبناتك ونساء المؤمنين الآية ومن رأى أن المقصود بذلك ما جرت به العادة
بأن لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب إلى أنهما ليسا بعورة واحتج لذلك
بأن المرأة ليست تستر وجهها في الحج القسم الثاني وأما اللباس
فالأصل فيه قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والنهي الوارد عن
هيئات بعض الملابس في الصلاة وذلك أنهم اتفقوا فيما أحسب على
أن الهيئات من اللباس التي نهي عنها في الصلاة مثل اشتمال الصماء
وهو أن يشتمل الرجل في ثوب واحد وأن يحتبي الرجل في ثوب واحد ليس
على فرجه منه شيء والسدل وما ورد من ذلك كله سد ذريعة ألا تنكشف عورته
ولا أعلم أن أحدا قال لا تجوز صلاته على أحد هذه الهيئات إن لم تنكشف

وقد كان يجب على اصول اهل الظاهر ذلك واتفقوا على انه يجزئ الرجل من اللباس
في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي عليه الصلاة والسلام وقد سئل ايصلي
الرجل في الثوب الواحد فقال او لكلكم ثوبان، واختلفوا في الرجل يصلي مكشوف
الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن ليسا بعورة
وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب
الواحد ليس على عاتقه منه شيء، وتمسكوا بوجوب قوله تعالى خذوا زينتكم
عند كل مسجد واتفق الجمهور على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة هو درع و
خمار لما روي عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ماذا تصلي فيه المرأة فقال في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها
ولما روي ايضا عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لا يقبل الله صلاة
حائض الا بخمار وهو مروي عن عائشة وميمونة وام سلمة انهم كانوا يفتون
بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة اعادت في الوقت وبعده
الا مالكا فانه قال تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان الخادم لها ان تصلي
مكشوفة الراس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار
واستحسنه عطاء وسبب الخلاف ايضا المتوجه الى الجنس الواحد
هل يتناول الاحرار والعبيد او الاحرار دون العبيد واختلفوا في صلاة
الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته وقال قوم لا تجوز وقوم استحبوا
له الاعادة في الوقت وسبب اختلافهم في ذلك هل الشيء المنهي عنه

مطلقا

مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة ام لا فمن ذهب الى انه شرط قال الصلاة
لا تجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوما والصلاة جائزة قال
ليس شرطا في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط وهذه المسئلة هي من نوع
الصلاة في الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور الفصل الخامس واما
الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فبعيد ان يقول انها فرض في
الصلاة اي من شرط صحتها واما من قال انها فرض بالاطلاق فيجوز ان يقال
انها فرض في الصلاة ويجوز الا يقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك
قولين احدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر
والقول الآخر انها ليست شرطا والذي حكاه من انها شرط لا يتخرج على انها
فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف
هنالك اسباب الخلاف فيها وانما الذي يتعلق به هاهنا الكلام من ذلك
هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب ان يكون من فروض الصلاة
ام لا والحق ان الشيء المأمور به على الاطلاق لا يجب ان يكون شرطا في صحة
شيء آخر مأمور به وان وقع فيه الا بامر آخر وكذلك الامر في الشيء المنهي
عنه على الاطلاق لا يجب ان يكون شرطا في صحة شيء ما الا بامر آخر الفصل
السادس واما المواضع التي يصلى فيها فان من الناس من اجاز الصلاة
في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع
المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل

وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم
من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهي
عنها ولم يبطلها وهو أحد ما روي عن مالك وقد روي عنه الجواز وهو
رواية ابن القاسم وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب
وذلك أن هاهنا حديثين متفق على صحتهما واثنان مختلف فيهما فالمتفق
عليهما قوله عليه الصلاة والسلام أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي وذكر
فيها وجعلت لي الأرض مسجدا وطهورا فأينما أدركتني في بيوتكم ولا
تتخذوها قبورا وأما الغير المتفق عليهما فأحدهما ما روي أنه عليه
الصلاة والسلام نهى أن يصلى في سبعة مواطن في المزبلة والمجزرة والمقبرة
وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معاطن الإبل وفوق ظهر بيت الله
خرجه الترمذي والثاني ما روي أنه قال عليه الصلاة والسلام صلوا في مرابض
الغنم ولا تصلوا في أعطان الإبل فذهب الناس في هذه الأحاديث ثلاثة
مذاهب الترجيح أو النسخ والثاني مذهب البناء أعني بناء الخاص
على العام والثالث مذهب الجمع فأما من ذهب مذهب الترجيح أو
النسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلت
لي الأرض مسجدا وطهورا وقال هذا ناسخ لغيره لأن هذه فضائل
له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخها وأما من ذهب مذهب
بناء الخاص على العام فقال حديث الإباحة عام وأحاديث النهي خاصة

فيجب

فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن ذهب إلى هذا استثنى السبعة مواضع ومنهم من
استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام
لأنه قد روي أيضا النهي عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث
المتقدم وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصا من عام فقال أحاديث
النهي محمولة على الكراهة والأول على الجواز واختلفوا في الصلاة في البيع
والكنائس فكرهها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن تكون فيها صور
أو لا تكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا ندخل كنائسهم من أجل التماثيل
والعلة فيمن كرهها لا من أجل التصاوير حملها على النجاسة واتفقوا على
الصلاة على الأرض والجمهور على إباحة واختلفوا في الصلاة على الطنافس و
غير ذلك مما يقعد عليه على الأرض والجمهور على إباحة السجود على الحصير
وما يشبه الأرض والكراهية لغير ذلك وهو مذهب مالك

الفصل السابع

وأما التروك المشترطة في الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها
قولا ومنها فعلا أما الأفعال فجميع الأفعال المباحة التي ليست من أفعال
الصلاة إلا قتل العقرب والحية في الصلاة فإنهم اختلفوا في ذلك لمعارضة
الأثر في ذلك للقياس واتفقوا فيما أحسب على جواز الفعل الخفيف وأما
الأقوال فهي أيضا الأقوال التي ليست من أقاويل الصلاة وهذا أيضا
لم يختلفوا أنها تفسد الصلاة عمدا لقوله تعالى وقوموا لله قانتين ولما
ورد في ذلك من قوله عليه الصلاة والسلام إن الله يحدث من أمره ما يشاء

ومما احوث الا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن ارقم
قال كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت وقوموا لله قانتين فامرنا بالسكوت
ونهينا عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول ان صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هو التسبيح و
التهليل والتحميد وقراءة القرءان الا انهم اختلفوا من ذلك في موضعين احدهما
اذا تكلم ساهيا والثاني عامدا لاصلاح الصلاة وشذ الاوزاعي فقال من تكلم
في صلاته لاحياء نفس او لامر كبير انه يبني والمشهور من مذهب مالك ان التكلم
عمدا على جهة الاصلاح لا يفسدها وقال الشافعي يفسدها التكلم كيف كان
الا مع النسيان وقال ابو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان والسبب في اختلافهم
تعارض ظواهر الاثار في ذلك وذلك ان الاحاديث المتقدمة تقتضي
تحريم الكلام على العموم وحديث ابي هريرة المشهور ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليدين اقصرت الصلاة ام نسيت
يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصدق ذو اليدين فقالوا نعم فقام
رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين اخريين ثم سلم ظاهره ان النبي
صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع
ذلك التكلم صلاتهم فمن اخذ بهذا الظاهر ورءا ان هذا شيء يخص الكلام
لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك ابن انس
ومن ذهب الى انه ليس في الحديث دليل على انهم تكلموا عمدا في الصلاة

واما

وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون ان الصلاة قد قصرت وتكلم النبي صلى الله
عليه الصلاة والسلام وهو يظن ان الصلاة قد تمت لم يجز عنده ان الناس تكلموا
بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان المفهوم
من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامد والسبب في اختلاف مالك والشافعي
في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذه الاحاديث مع ان الشافعي
اعتمد في ذلك اصلا عاما وهو قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي
الخطأ والنسيان واما ابو حنيفة فحمل احاديث النهي على عمومها ورءا انها
ناسخة لحديث ذي اليدين وانه متقدم عليها الفصل التاسع واما النية
فلا خلاف بين العلماء على كونها شرطا في صحة الصلاة لكون الصلاة هي راس العبادات
التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة اعني من المصالح المحسوسة
واختلفوا هل من شرط نية الماموم ان توافق نية الامام في تعيين الصلاة
وفي الوجوب حتى لا يجوز ان يصلي الماموم ظهرا بامام يصلي عصرا ولا يجوز
ان يصلي الامام صلاة يكون في حقه نفلا وفي حق الماموم فرضا فذهب مالك و
ابو حنيفة الى انه يجب ان توافق نية الماموم نية الامام وذهب الشافعي
الى انه ليس يجب والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة
والسلام انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من انه كان
يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يصلي بقومه فمن رءا ذلك خاصا لمعاذ
وان عموم قوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به يتناول

[illegible]

النية ان كلا من كانا هو في الافعال فلا يكون بهذا الوجه معارضا لحديث معاذ واما
ان يكون يتناوله فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم وفي النية مسائل
ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذ كان غرضنا على القصد الاول
انما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع الجملة الثالثة من
كتاب الصلاة وهي معرفة ما تشتمل عليه من الاقوال والافعال وهي الاركان
والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان اما من قبل الانفراد
والجماعة واما من قبل السفر واما من قبل الامن واما من قبل الصحة والمرض
فاذا اريد ان يكون القول في هذه صناعيا وجاريا على نظام فيجب ان يقال
اولا فيما يشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها او يقال
في واحدة واحدة منها وهو الاسهل وان كان هذا النوع من التعليم يعرض
منه تكرارها وهو الذي سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم في ذلك فنجعل هذه
الجملة تنقسم الى ستة ابواب الباب الاول في صلاة المنفرد الحاضر
الامن الباب الثاني في صلاة الجماعة اعني في احكام صلاة الامام والماموم
في الصلاة الباب الثالث في صلاة الجمعة الباب الرابع في صلاة السفر
الباب الخامس في صلاة الخوف الباب السادس في صلاة المريض الباب
الاول وهذا الباب فيه فصلان الاول في اقوال الصلاة والثاني في افعال
الصلاة الفصل الاول وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع
مسائل المسألة الاولى اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب

فقوم

فقوم قالوا ان التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب
وهو شاذ وقوم اوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور وسبب
اختلاف من اوجبه كله ومن اوجب فيه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل
من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام فاما ما نقل من قوله فحديث
ابي هريرة المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي علمه الصلاة
اذا اردت الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ
فمفهوم هذا ان التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عداها فرضا لذكر من
التكبير فرضا الذي ذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة واما ما نقل من فعله
فمنها حديث ابي هريرة انه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول
اني لاشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث مطرف
بن عبد الله بن الشخير قال صليت انا وعمران بن الحصين خلف علي بن ابي طالب
رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى
صلاته وانصرفنا اخذ عمران بيدي فقال لي اذكرني هذا صلاة محمد
صلى الله عليه وسلم فالقائلون بايجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول
في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل الافعال التي اتت بيانا
لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم صلوا كما
رأيتموني اصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى في هذه

الآثار ما يدل على أن العمل عند الصحابة ما كان إتمام التكبير ولذلك كان
أبو هريرة يقول إني لأشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
عمران أذكرني هذا بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما
من جعل التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الأذكار التي في الصلاة
مما ليست بواجبة إذ قاس تكبيرة الإحرام على سائر التكبيرات قال أبو عمر بن
عبد البر ومما يدل على مذهب الجمهور ما رواه شعبة ابن الحجاج عن الحسن
بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه قال صليت مع النبي
صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم
التكبير وما رواه أحمد بن حنبل عن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يكبر
إذا صلى وحده وكأن هؤلاء رأوا أن التكبير إنما كان لإشعار الإمام المأمومين
بقيامه وقعوده ويشبه أن يكون لهذا ذهب من رآه كله نفلا المسألة
الثانية قال مالك لا يجزئ من لفظ التكبير إلا الله أكبر وقال الشافعي
الله أكبر والله الأكبر اللفظان كلاهما يجزئ وقال أبو حنيفة يجزئ من
لفظ في معناه مثل الله الأعظم أو الله الأجل وسبب اختلافهم
هل اللفظ المتعبد به في الافتتاح أو المعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون
بقوله عليه الصلاة والسلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير
وتحليلها التسليم قالوا والألف واللام هنا للحصر والحصر يدل

على أن

69

على أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز لغيره وليس يوافقهم أبو حنيفة على هذا
الأصل فإن ذلك المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت
عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به
المسألة الثالثة ذهب قوم إلى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو أن يقول
بعد التكبير إني وجهت وجهي للذي فطر السموات وهو مذهب الشافعي
وإما أن يسبح وهو مذهب أبي حنيفة وإما أن يجمع بينهما وهو مذهب
أبي يوسف صاحبه وقال مالك ليس التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة
وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند
مالك أو اختلاف في صحة الآثار الواردة بذلك قلت قد ثبت في الصحيحين
عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة
إسكاتة قال فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبي أنت وأمي إسكاتك
بين التكبير والقراءة ما تقول قال أقول اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما
باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقني من خطاياي كما ينقى الثوب الأبيض
من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالثلج والماء والبرد وقد ذهب قوم
إلى استحباب سكتات كثيرة في الصلاة منها حين يكبر ومنها حين يفرغ من
قراءة القرآن وإذا فرغ من القراءة قبل الركوع وممن قال بهذا القول الشافعي
وأبو ثور والأوزاعي وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وسبب
اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث أبي هريرة أنه قال كانت له عليه

انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكتتات في صلاته حين يكبر ويفتتح
الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع المسألة
الرابعة اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة
فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهرا كانت او سرا لا في استفتاح ام
القران ولا في غيرها من السور واجاز ذلك في النافلة وقال ابو حنيفة والثوري
واحمد يقرأها مع ام القران في كل ركعة سرا وقال الشافعي يقرأها ولابد في
الجهر جهرا وفي السر سرا وهي آية من فاتحة الكتاب عنده وبه قال احمد وابو ثور
وابو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة ام انما هي
آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب وعنه القولان جميعا
وسبب الخلاف في هذا آيل الى شيئين احدهما اختلاف الآثار في هذا
الباب والثاني اختلافهم هل بسم الله آية من فاتحة الكتاب ام لا فاما
الآثار التي احتج بها من اسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال
سمعني ابي وانا اقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بني اياك والحدث فاني
صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر فلم اسمع رجلا منهم
يقوله قال ابو عمر بن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول ومنها ما رواه مالك
من حديث انس انه قال قمت وراء ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم
فكلهم كان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم اذا افتتحوا الصلاة قال ابو عمر
في بعض الروايات انه قام خلف النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام

وكان

فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال ابو عمر الا ان اهل هذا الحديث قالوا في حديث
انس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطرابا لا تقوم به حجة وذلك ان مرة روي عنه
مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ومنهم من يذكر عثمان ومنهم
من لا يذكره ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من
يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون
ببسم الله الرحمن الرحيم واما الاحاديث المعارضة لهذه فمنها حديث نعيم
بن عبد الله المجمر قال صليت خلف ابي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل ام القر ام
وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال انا اشبهكم بصلاة رسول الله
صلى الله عليه وسلم ومنها حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ومنها حديث ام سلمة انها قالت كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب
العالمين فاختلاف هذه الآثار احد ما اوجب اختلافهم في قراءة بسم الله
الرحمن الرحيم في الصلاة والسبب الثاني كما قلنا هل بسم الله الرحمن
الرحيم آية من ام الكتاب وحدها او من كل سورة ام ليست آية لا من
ام الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى انها آية من ام الكتاب اوجب قراءتها بوجوب
قراءة ام الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى انها آية من اول كل سورة
وجب عنده ان يقرأها مع السورة وهذه المسألة قد كثر الاختلاف
فيها والمسألة محتملة ولكن من اعجب ما وقع في هذه المسألة

أنهم يقولون ومن اختلافهم فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير
سورة النمل أم إنما هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكون على جهة
الرد على الشافعي أنها لو كانت من القرآن في غير سورة النمل لبينه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأن القرآن نقل تواترا وهذا الذي قاله القاضي في الرد على
الشافعي وظن أنه قاطع وأما أبو حامد فانتصر لهذا بأن قال إنه أيضا لو كانت
من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا كله تخبط وشيء
غير مفهوم فإنه يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقول فيها إنها من القرآن
في موضع وإنها ليست من القرآن في موضع آخر بل يقول إن بسم الله الرحمن الرحيم
قد ثبت أنها من القرآن حيث ما ذكرت وأنها آية من سورة النمل وهل
هي آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه
والمسألة محتملة وذلك أنها في سائر السور فاتحة وهي جزء من سورة
النمل فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم المسألة الخامسة اتفق
العلماء على أنه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا إلا شيء روي عن
عمر رضي الله عنه أنه صلى فنسي القراءة فقيل له في ذلك فقال كيف كان الركوع
والسجود فقيل حسن فقال لا بأس إذا وهو حديث غريب عندهم
أدخله مالك في موطئه في بعض الروايات إلا شيء روي عن ابن عباس أنه
لا يقرأ في صلاة السر أنه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوات
وسكت في أخرى فنقرأ فيما قرأ ونسكت فيما سكت وسئل هل في الظهر

والعصر

والعصر قراءة فقال لا وأخذ الجمهور بحديث خباب أنه صلى الله عليه وسلم كان
يقرأ في الظهر والعصر قيل فبأي شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته و
تعلق الكوفيون بحديث ابن عباس في ترك وجوب القراءة في الركعتين الأخريين
من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم في هاتين
الركعتين واختلفوا في القراءة الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من
ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من
أوجبها في كل ركعة ومنهم من أوجبها في أكثر الصلاة ومنهم من أوجبها في نصف
الصلاة ومنهم من أوجبها في ركعة من الصلاة وبالأول قال الشافعي وهو
أشهر الروايات عن مالك وقد روي عنه أنه إن قرأها في ركعتين من الرباعية
أجزأته وأما من رأى أنها تجزئ في ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير
من فقهاء الأمصار وأما أبو حنيفة فالواجب عنده إنما هو قراءة القرآن
في أي آية اتفقت أن تقرأ وحد أصحابه في ذلك ثلاث آيات قصار
والآية الطويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الأوليين وأما في الأخريين
فيستحب عنده التسبيح دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور
يستحبون القراءة كلها والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في ذلك
ومعارضة ظاهر الكتاب للأثر أما الآثار المتعارضة في هذا الباب فأحدها
حديث أبي هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على
النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال ارجع

فصلِّ فإنك لم تصلِّ ثم جاء فأمره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذي
بعثك بالحق ما أحسن غير هذا فقال عليه السلام إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ
الوضوء ثم استقبل القبلة وكبّر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى
تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع
حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تستوي قائما
ثم افعل ذلك في صلاتك كلها وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما
أحدهما حديث عبادة بن الصامت أنه عليه السلام قال لا صلاة لمن لم يقرأ
بفاتحة الكتاب وحديث أبي هريرة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج فهي خداج ثلاثا
وحديث أبي هريرة المتقدم ظاهره أنه يجزئ من القراءة في الصلاة ما تيسر
من القرآن وحديث عبادة وحديث أبي هريرة الثاني يقتضي أن أم الكتاب شرط
في الصلاة وظاهر قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر منه يعضد حديث أبي هريرة
المتقدم والعلماء المختلفون في هذه المسألة إما أن يكونوا ذهبوا في
تأويل هذه الأحاديث مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح
وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك أن من ذهب مذهب من أوجب
قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافقه
وله أن يقول على طريق الجمع إنه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود
به نفي الكمال لا نفي الإجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه الإعلام بالجزء

من

من القراءة إذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولأولئك أيضا أن يذهبوا
إلى هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أرجح لأنها أكثر وأيضا فإن
حديث أبي هريرة المشهور يعضده وهو الذي فيه يقول الله قسمت الصلاة
بيني وبين عبدي نصفين فنصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما سأل يقول
العبد الحمد لله فيقول الله حمدني عبدي الحديث ولهم أن يقولوا أيضا على طريق
الجمع إن قوله عليه السلام ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والأحاديث
الأخر معينة والمعين يقضي على المبهم وهذا فيه عسر فإن معنى حرف ما هاهنا
إنما هو معنى أي شيء تيسر وإنما يسوغ هذا إذا دلت ما في كلام العرب على ما تدل
عليه لام العهد فكأن يقول ثم اقرأ من الكلام الذي تيسر معك من القرآن ويكون
المعهود منه أم الكتاب إذ كانت الألف واللام في الذي تدل على العهد فينبغي
أن يتأمل هذا في كلام العرب فإن وجدت العرب تفعل هذا أعني تتجوز في
موضع ما فتدل بها على شيء معين فيسوغ هذا التأويل وإلا فلا وجه
له فالمسألة كما ترى محتملة وإنما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ
وأما اختلافهم في وجوب أم الكتاب في الصلاة في كل ركعة أو في بعض الصلاة
فسببه احتمال عود الضمير الذي في قوله عليه السلام لم يقرأ فيها بأم القرآن
على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك أن من فهم الكل منها أو الجزء
أعني ركعة أو ركعتين أدخل تحت قوله عليه السلام لم يقرأ فيها ولهذا
الاحتمال بعينه هو الذي أطار أبا حنيفة أن يترك القراءة في بعض الصلاة
أعني الركعتين الأخيرتين واختار مالك أن يقرأ في الأوليين من الرباعية

بالحمد وسورة وفي الأخريين بالحمد فقط واختار الشافعي أن يقرأ في الأربع
من الظهر بالحمد وسورة إلا أن السورة التي يقرأ في الأوليين تكون أطول فذهب
مالك إلى حديث أبي قتادة الثابت أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين
الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخريين منهما
بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعي إلى ظاهر حديث أبي سعيد الثابت
أيضا أنه كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفي الأخريين
قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا في العصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك
أن في حديث أبي سعيد هذا أنه كان يقرأ في الأوليين من العصر قدر خمس عشرة
آية وفي الأخريين قدر النصف من ذلك المسألة السادسة اتفق الجمهور
على منع قراءة القرآن في الركوع أو السجود لحديث علي في ذلك قال نهاني حبيبي صلى الله
عليه وسلم أن أقرأ القرآن راكعا أو ساجدا قال الطبري وهو حديث صحيح
وبه أخذ فقهاء الأمصار وصار قوم من التابعين إلى جواز ذلك وهو مذهب
البخاري لأنه لم يصح الحديث عنده والله أعلم واختلفوا هل في الركوع
والسجود قول محدود يقوله المصلي فقال مالك ليس في ذلك قول محدود
وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم إلى أن المصلي يقول
في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وفي السجود سبحان ربي الأعلى ثلاثا على ما
جاء في حديث عقبة بن عامر وقال الثوري أحب إلي أن يقولها الإمام خمسا
في صلاته حتى يدرك الذي خلفه ثلاث تسبيحات والسبب في هذا الخلاف
معارضة حديث ابن عباس في هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك أن في حديث

ابن عباس

ابن عباس أنه عليه السلام قال ألا إني قد نهيت عن القراءة في الركوع والسجود
فأما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه بالدعاء فقمن أن يستجاب
لكم وفي حديث عقبة بن عامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها في ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك
الأعلى قال اجعلوها في سجودكم وكذلك اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتفاقهم
على جواز الثناء على الله وكره ذلك مالك لحديث علي أنه قال عليه السلام
أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه بالدعاء وقالت طائفة
يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا بأحاديث جاء فيها أنه صلى الله عليه وسلم دعا
فيها في الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي
صلى الله عليه وسلم يقول في ركوعه وسجوده سبحانك اللهم ربنا ولك الحمد
اغفر لي وفي حديث عقبة بن عامر ذكر التوقيت أعني أنه كان يقول عليه السلام
في الركوع سبحان ربي العظيم ثلاثا وسبحان ربي الأعلى في السجود ثلاثا وأبو حنيفة
لا يجيز الدعاء في الصلاة بغير ألفاظ القرآن ومالك والشافعي يجيزان ذلك
والسبب في ذلك هل هو كلام أم لا المسألة السابعة اختلفوا في وجوب
التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أن التشهد
ليس بواجب وذهبت طائفة إلى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود
وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثر وذلك أن القياس يقتضي
إلحاقه بسائر الأذكار التي ليست بواجبة في الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن
والتشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس أنه قال كان رسول الله

صلى الله عليه وسلم يعلمنا كما يعلم السورة من القرآن يقتضي وجوبه مع
ان الاصل عندهم ان افعاله واقواله في الصلاة يجب ان تكون محمولة
على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والاصل عند غيرهم على خلاف
هذا وهو ان ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه او صرح بوجوبه
فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى اصلان متعارضان
واما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضي الله
عنه الذي كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله السلام
عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله
الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبد الله ورسوله
واختار اهل الكوفة وابو حنيفة وغيره تشهد ابن مسعود قال
ابو عمر وبه قال احمد واكثر اهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك
ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله واختار الشافعي
واصحابه تشهد ابن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه السلام
قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا
السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات
لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله
الصالحين اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله
وسبب

اختلافهم

اختلافهم اختلاف تشهدهم في الارجح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث
ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى ان
هذا كله على التخيير كالاذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وغير ذلك
مما تواتر نقله وهو الصواب والله اعلم وقد اشترط الشافعي الصلاة
على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى يا ايها الذين
امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما وذهب الى ان هذا التسليم هو
التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى انه التسليم الذي يؤتى به
عقب الصلاة عليه وقد ذهب قوم من اهل الظاهر الى انه واجب ان يتعوذ
المتشهد من الاربع التي جاءت في الحديث من عذاب القبر ومن عذاب
جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات لانه ثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في اثر تشهده وفي بعض
طرقه اذا فرغ احدكم من التشهد الاخر فليتعوذ من اربع الحديث خرجه مسلم
المسئلة الثامنة واختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور
بوجوبه لما مر حديث علي وهو قوله عليه السلام فيه وتحليلها التسليم
ومن ذهب الى ان الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت انه عليه
السلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الواجب
واختار مالك للمأموم تسليمتين وللامام واحدة وقيل عنه ان
المأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للامام والثالثة

لمن هو عن يمينه واما ابو حنيفة فذهب الى ما رواه عبد الرحمن بن زياد
الافريقي ان عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو
بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس الرجل في اخر
صلاته فاحدث قبل ان يسلم فقد تمت صلاته قال ابو عمر وحديث علي
التحريم اثبت عند اهل النقل لان حديث عبد الله بن عمرو بن العاص
انفرد به الافريقي وهو عند اهل النقل ضعيف قلت ان كان اثبت من
طريق النقل فانه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على ان الخروج
من الصلاة يكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم
ضعيف عند الاكثر ولاكن للجمهور ان يقولوا ان الالف واللام التي للحصر
اقوى من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق عنه

المسألة التاسعة اختلفوا في القنوت فذهب مالك الى ان
القنوت في صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعي الى انه سنة وذهب
ابو حنيفة الى انه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه
الوتر وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا في رمضان
وقال قوم في النصف منه الاخر وقال قوم في الاول والسبب في ذلك
اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي عليه السلام ~~[illegible]~~
~~[illegible]~~ ~~وثبت عنه عليه~~
~~السلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة~~

وقياس

75

وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض اعني التي قنت فيها على التي لم يقنت
فيها قال ابو عمر والقنوت بلعن الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر
الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكوان
وبني لحيان النفر الذين قتلوا اصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت
منذ اربعين عاما او خمسة واربعين يدعو لقوم ويدعو على اخرين حتى انزل
الله عز وجل عليه معاتبا ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم او يعذبهم
فانهم ظالمون فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت
فما قنت بعدها حتى لقي الله قال فمنذ حملت هذا الحديث لم
اقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى قال المؤلف ولقد حدثني الاشياخ
انه كان العمل عليه بمسجد عندنا بقرطبة وانه
استمر الى زماننا او قريب من زماننا وخرج مسلم عن
ابي هريرة ان النبي عليه السلام قنت في صلاة الصبح شهرا ثم
بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت ليس لك من الامر شيء
وصح عن ابي هريرة انه قنت في الظهر والعشاء الآخرة وصلاة
الصبح وخرج عنه عليه السلام انه قنت شهرا في صلاة
الصبح يدعو على بني عصية واختلفوا فيما يقنت به

فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك
ويسميها اهل العراق السورتين ويروى انها في مصحف ابي بن كعب وقال
الشافعي واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا فيمن
عافيت وهو الدعاء الذي رواه الحسن بن علي من طريق ثابت ان النبي عليه السلام
علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت
بالسورتين فلا تصل خلفه وقال قوم ليس في القنوت شيء موقت. الفصل
الثاني في الافعال التي هي الاركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل
ثماني مسائل المسألة الاولى اختلف العلماء في رفع اليدين في
الصلاة في ثلاثة مواضع احدها في حكمه والثاني في المواضع التي
يرفع فيها من الصلاة الثالث الى اين ينتهي يرفعها فاما الحكم
فذهب الجمهور الى انه سنة في الصلاة وذهب داود وجماعة من
اصحابه الى ان ذلك فرض وهؤلاء انقسموا اقساما فمنهم من اوجب
ذلك في تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من اوجب ذلك في هذين الموضعين وعند
الانحطاط فيه وعند الارتفاع ومن اوجب ذلك في هذين الموضعين وعند
السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها وسبب اختلافهم
معارضة حديث ابي هريرة الذي فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه السلام
وذلك ان حديث ابي هريرة انه قال له وكبر ولم يأمره فيه برفع يديه وثبت عنه
عليه السلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة

وأما

واما اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها فذهب اهل الكوفة ابو حنيفة وسفيان
الثوري وسائر فقهائهم الى انه يرفع المصلي يديه الا عند تكبيرة الاحرام
فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعي واحمد وابو عبيد
وابو ثور وجمهور اهل الحديث واهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام
وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك الا انه عند اولئك فرض
وعند مالك سنة وذهب بعض اهل الحديث الى رفعهما عند السجود وعند الرفع
منه والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة
العمل في المدينة لبعضها وذلك ان في ذلك احاديث احدها حديث عبد الله
بن مسعود وحديث البراء بن عازب انه كان عليه السلام يرفع يديه عند
الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها والحديث الثاني حديث ابن عمر عن ابيه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه
ومنكبيه واذا رفع راسه من الركوع رفعهما كذلك ايضا وقال سمع الله
لمن حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق
على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر
رجلا من اصحابه والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على
ما في حديث عبد الله بن عمر انه كان يرفع يديه عند السجود فمن حمل الرفع
ههنا على انه ندب او فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحا
لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب

مالك للموافقة العمل له ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر في الرفع
في الموضعين اعني في الركوع والافتتاح لشهرته واتفاق الجميع عليه
ومن كان رايه من هولاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن
كان رايه على انه ندب حمله على الندب ومنهم من ذهب الجمع وقال
انه يجب ان تجمع هذه الزيادات بعضها الى بعض على ما جاء في حديث
وايل بن حجر والعلماء ذهبوا في هذه الاثار مذهبين اما مذهب
الترجيح واما مذهب الجمع والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين
في الصلاة هل هو على الندب او على الفرض هو السبب الذي ذكرناه متقدما
من ان بعض الناس يرى ان الاصل في افعاله صلى الله عليه وسلم ان تحمل
على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى ان الاصل
ان لا يزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت او اجماع انه من فرايض الصلاة
الا بدليل واضح وقد تقدم وهذا من قولنا فلا معنى لتكرار الشيء الواحد مرات
ثم مرة واما الحد الذي ترفع اليه اليدان فذهب بعضهم الى انها
الى المنكبين وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم الى
الاذنين وبه قال ابو حنيفة وذهب بعضهم الى الصدر وكل ذلك
مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الا ان اثبت ما في ذلك انه كان يرفعهما
حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين اثبت من الرفع الى
الصدر واشهر المسئلة الثانية ذهب ابو حنيفة الى ان الاعتدال من

من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف اصحاب
مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي ان يكون سنة او واجبا اذ لم ينقل عنه نص
في ذلك والسبب في اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض ما ينطلق عليه
الاسم او بكل ذلك الشيء الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الاخذ
ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع ومن كان الواجب
عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فرض الصلاة اركع حتى تطمين راكعا
وارفع حتى تطمين رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا على هذا الحديث على
كل من راى ان الاصل ان لا تحمل افعاله عليه السلام في سائر افعال الصلاة
مما لم ينص عليها في الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن
قبل هذا لم يرد رفع اليدين فرضا ولا ما عدا تكبيرة الاحرام والقراءة
من الافعال التي في الصلاة فتامل هذا فانه اصل مناقض للاصل
الاول وهو سبب الخلاف في اكثر هذه المسايل المسئلة الثالثة
اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك واصحابه يفضي بأليتيه
الى الارض وينصب رجله اليمنى ويثني اليسرى وجلوس المراة عنده
كجلوس الرجل وقال ابو حنيفة واصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على
اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والاخيرة فقال في الوسطى

بمثل قول ابي حنيفة وفي الاخرة بمثل قول مالك وسبب اختلافهم
في ذلك تعارض الاثار وذلك ان في ذلك ثلاثة اثار احدها وهو ثابت
باتفاق حديث ابي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه السلام وفيه
واذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى واذا جلس في
الركعة الاخرة قدم رجله اليسرى ونصب الاخرى وقعد على مقعدته والحديث
الثاني حديث وائل بن حجر وفيه انه كان اذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد
على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر انه قال انما سنة
الصلاة ان تنصب رجلك اليمنى وتثني اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه انما
سنة الصلاة وفيه روايته عن القاسم بن محمد انه اراهم الجلوس في التشهد فنصب
رجله اليمنى وثنى الرجل اليسرى وجلس على وركه الايسر ولم يجلس على قدميه
ثم قال اراني هذا عبد الله بن عمر وحدثني ان اباه كان يفعل ذلك فذهب
مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب ابو حنيفة مذهب الترجيح لحديث
وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث ابي حميد وذهب الطبري مذهب
التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الافعال المختلفة اولى
ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض اكثر ذلك في الفعل
مع القول او في القول مع الفعل المسئلة الرابعة اختلفوا في حكم الجلسة

الوسطى

الوسطى والاخرة فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض وشذ
قوم فقالوا انها فرض وكذلك ايضا ذهب الجمهور في الجلسة الاخرة الى انها
فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض والسبب في اختلافهم تعارض
مفهوم الاحاديث وقياس احدى الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث
ابي هريرة المتقدم اجلس حتى تطمئن جالسا فوجب الجلوس على ظاهر هذا
الحديث في الصلاة كلها فمن اخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء
في حديث ابن بحينة الثابت انه عليه السلام اسقط الجلسة الوسطى ولم
يجبرها وسجد لها وثبت عنه انه اسقط ركعتين فجبرهما وكذلك ركعة
فهم بعض الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت
عندهم الركعة فرضا بالاجماع فوجب ان لا تكون الجلسة الوسطى فرضا فهذا
هو الذي اوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو
انما يكون للسنن دون الفرائض ومن رأى انها فرض قال السجود للجلسة
الوسطى شيء يخصها دون سائر الفرائض وليس في ذلك دليل على انها ليست
بفرض واما من ذهب الى انهما كلاهما سنة فقاس الجلسة الاخرة على
الوسطى بعد ان اعتقد في الوسطى بالدليل الذي اعتقده الجمهور انها سنة
فاذا السبب في اختلافهم في هذه الحقيقة يؤل الى معارضة الاستدلال الظاهر
القول او الظاهر الفعل فان من الناس ايضا من اعتقد ان الجلستين كلاهما

وفيه مراجعة ان افعاله عليه السلام الاصل فيها ان تكون في الصلاة محمولة
على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فهذا الاصلان
جميعا يقتضيان ههنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه اكثر الجمهور
من ان يكون له معارض الا القياس اعني بهذين الاصلين القول والعمل ولذلك
اصح الاقاويل من روى ان الجلستين سنة والله اعلم وثبت عنه عليه
السلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته
اليسرى ويشير باصبعه واتفق العلماء على ان هذه من هيئة الجلوس
المستحسنة واختلفوا في تحريك الاصبع لاختلاف الاثر في ذلك والثابت
انه يشير فقط المسئلة الخامسة اختلف العلماء في وضع اليدين احداهما على
الاخرى في الصلاة فكره ذلك مالك في الفرض واجازه في النفل ورأى قوم
انها من سنن الصلاة وهم الجمهور والسبب في اختلافهم انه قد جاءت اثار
ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه السلام ولم ينقل فيها انه كان
يضع اليمنى على اليسرى وثبت ايضا ان الناس كانوا يومرون بذلك وورد
ايضا ذلك من صفة صلاته في حديث ابي حميد فرأى قوم ان الاثار التي
اثبتت ذلك اقتضت زيادة على الاثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة
وان الزيادة يجب ان يصار اليها ورأى قوم ان الاوجب المصير الى الاثار التي
ليس فيها هذه الزيادة لكون الزيادة يجب ان يصار اليها ورأى قوم

ان الا

ان الاوجب المصير الى الاثار التي ليس فيها هذه الزيادة لكون الزيادة
ليست مناسبة لافعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة
ولذلك اجازها مالك في النفل ولم يجزها في الفرض وقد يظهر
من امرها انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الاولى بها المسئلة
السادسة اختار قوم ان كان الى الجلوس في وتر من صلاته الا ينهض
حتى يستوي قاعدا واختار اخرون ان ينهض من سجوده نفسه
وبالاول قال الشافعي وجماعة وبالثاني قال مالك وجماعة وسبب
الخلاف في ذلك حديثان مختلفان احدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت
انه راى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا كان في وتر من صلاته
لم ينهض حتى يستوي قاعدا وفي حديث ابي حميد في صفة صلاته
عليه السلام انه لما رفع راسه من السجدة الثانية من الركعة
الاولى قام ولم يتورك فاخذ بالحديث الاول الشافعي وبالثاني قال
مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه او
ركبتيه قبل يديه فمذهب مالك وضع اليدين قبل الركبتين
وسبب ذلك ان في حديث بن حجر قال رايت رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع
يديه قبل ركبتيه وعن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

احمد

قال اذا سجد احدكم فلا يبرك وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله
بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض اهل الحديث وابل حجر اثبت
من حديث ابي هريرة المسألة السابعة اتفق العلماء على ان السجود
يكون على سبعة اعضاء الوجه واليدين والركبتين واطراف القدمين لقوله
صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعضاء واختلفوا فيمن سجد
على جبهته ونقص السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته ام لا فقال
قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل
ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على
جبهته وانفه فقد تم سجوده واختلفوا فيمن سجد على احدهما فقال
مالك ان سجد على جبهته دون انفه جاز وان سجد على انفه دون جبهته
لم يجز وقال ابو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز ان يسجد عليهما
جميعا وسبب اختلافهم هل الواجب امتثال بعض ما ينطلق عليه
الاسم او كله وذلك ان في حديث النبي عليه السلام الثابت عن ابن عباس
امرت ان اسجد على سبعة اعضاء فذكر منها الوجه فمن راى الواجب
هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة والانف
اجزا ومن راى اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول
من سجد على الانف اجاز السجود على الجبهة دون الانف وهذا كانه
تحكم لبعض الذي امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان

هذا

هذا على مذهب من يفرق من ابعاض الشيء بحيث ان بعضها يقوم في امتثاله
مقام الواجب وبعضها لا يقوم مقامه فتامل هذا فانه اصل في هذا الباب
والاجزاء القائل يقول انه ان مس من انفه مقدار ما حالة مماسة الارض في سجوده
واما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده
ان يسجد على الجبهة والانف والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من
قبل اللفظ قد ازاله فعله عليه السلام وبينه فانه كان يسجد على الانف
والجبهة لما جاء من انه انصرف من الصلوات وعلى جبهته وانفه اثر الطين
والماء فوجب ان يكون فعله مفسرا للحديث المجمل قال ابو عمر بن البر وقد
ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكر فيه الانف والجبهة قلت وذكر
بعضهم الجبهة فقط وكلا الامرين في كتاب مسلم ولذلك جاء لمالك
واختلفوا ايضا هل من شرط السجود ان تكون يد الساجد بارزتين موضوعتين
على الذي يوضع عليه الوجه ام ليس ذلك شرطا فقال مالك ذلك من شرط السجود
واحسبه شرط تمام وقال الجماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا
الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب
قول بالمنع وقول بالاجازة وقول بالفرق بين ان يسجد على طاقات
يسيرة من العمامة او كثيرة وقول بالفرق بين ان يمس من جبهته الارض
شيء او لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعن

وفقهاء الأمصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلانس والعمائم واحتج
مالك ومن رأى أن اليدين في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه
وسلم أن يسجد على سبعة أعضاء ولا يكفت شعرا ولا ثوبا وقياسا على
الركبتين ويمكن أن يحتج بهذا العموم في السجود على العمامة. المسئلة
الثامنة اتفق العلماء على كراهية الإقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث
من النهي على أن يقعي الرجل في الصلاة كما يقعي الكلب إلا أنهم اختلفوا
فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى أن الإقعاء المنهي عنه جلوس الرجل على
أليتيه في الصلاة ناصبا فخذيه مثل إقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم
أن هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة. وقوم رأوا أن معنى الإقعاء الذي
نهي عنه هو أن يجعل أليتيه على عقبيه بين السجدتين وأن يجلس على
صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روي عن ابن عمر أنه ذكر أنه إنما كان
يفعل ذلك لأنه كان يشتكي قدميه. وأما ابن عباس فكان يقول الإقعاء
على القدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرجه مسلم
وسبب اختلافهم تردد اسم الإقعاء المنهي عنه في الصلاة بين أن يدل على
المعنى اللغوي أو يدل على معنى شرعي أعني على هيئة خصها الشرع
بهذا الاسم فمن رأى أنه يدل على المعنى اللغوي قال هو إقعاء الكلب
ومن رأى أنه يدل على معنى شرعي قال إنما أريد بذلك هيئات الصلاة

النهي

النهي عنها ولما ثبت عن ابن عمر أن قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة
الصلاة سبق إلى اعتقاده أن هذه الهيئة هي التي أريد بالإقعاء المنهي عنه
وهذا ضعيف فإن الأسماء التي لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على
المعنى اللغوي حتى يثبت لها معنى شرعي بخلاف الأمر في الأسماء التي ثبتت
لها معان شرعية أعني أنه يجب أن تحمل على المعاني الشرعية حتى يدل الدليل
على اللغوي مع أنه قد عارضه حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس. الباب
الثاني من الجملة الثالثة وهذا الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة
أحدها في معرفة حكم صلاة الجماعة. والثاني في معرفة شروط الإمامة ومن
أولى بالتقديم وأحكام الإمام الخاصة به. الثالث في مقام المأموم من الإمام
وأحكامه الخاصة به. الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الإمام مما
ليس يتبعه. الخامس في صفة الاتباع. السادس فيما يحمله الإمام عن المأمومين.
السابع في الأشياء التي إذا فسدت بها صلاة الإمام تعدت إلى المأمومين.
الفصل الأول في هذا الباب مسئلتان إحداهما هل صلاة الجماعة واجبة
على من سمع النداء أم ليست بواجبة. والمسئلة الثانية إذا دخل الرجل
المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها.
أما المسئلة الأولى فإن العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور إلى أنها
سنة أو فرض على الكفاية وذهب الظاهرية إلى أن صلاة الجماعة فرض
متعين على كل مكلف. والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في

ذلك ولذلك ان تمام قوله عليه الصلاة والسلام صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ
بخمس وعشرين درجة وبسبع وعشرين درجة يعلم ان الصلاة في الجماعة
من جنس المندوب اليه وكانها كمال زايد على الصلاة الواجبة فكانه قال عليه
السلام صلاة الجماعة اكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زايد
على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استاذنه في التخلف عن صلاة
الجماعة لانه لا قايد له فرخص له في ذلك ثم قال عليه السلام اتسمع النداء
قال نعم قال ما اجد لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه
مسلم ومما يقوي هذا حديث ابي هريرة المتفق على صحته وهو ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لقد هممت ان امر بحطب فيحطب
ثم امر بالصلاة فيوذن لها ثم امر رجلا فيوم الناس ثم اخالف الى رجال
فاحرق بيوتهم والذي نفسي بيده لو علم احدهم انه يجد عظما سمينا او مرماتين
حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد
الذي يوذن فيه وفي رواية لو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد
من هذين الفريقين مسلك الجمع بتاويل حديث مخالفه وصرفه الى المذهب
الحديث الذي تمسك به فاما اهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا تمنع ان
تقع في الواجبات انفسها اي ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة
تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر

بتلك

بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا
لذلك بقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وقال
فقهاء الامصار في جواب هذا ان هذا الحديث ورد في النافلة والنافلة
يفعلها المرء قائما او قاعدا واما اولئك فزعموا انه يمكن ان يحمل حديث
الاعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الاتيان
له باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان ابا هريرة
قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل اعمى فقال يا رسول الله انه ليس لي
قائد يقودني الى المسجد فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرخص
له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال هل تسمع النداء بالصلاة
فقال نعم قال فاجب وظاهر هذا يبعد ان يفهم منه نداء الجمعة مع
ان الاتيان الى الجمعة واجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا
اعرف في ذلك خلافا وعارض هذا الحديث حديث عتبان بن مالك
المذكور في الموطا وفيه ان عتبان بن مالك كان يوم قومه وهو اعمى وانه
قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انها تكون الظلمة والمطر والسيل
وانا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله في بيتي مكانا اتخذه مصلى
فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اين تحب ان اصلي فاشار الى
مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم واما المسألة
الثانية فان الذي دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من احد وجهين

اما ان يكون صلى منفردا واما ان يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفردا فقال
قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا القول مالك
واصحابه وقال ابو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال
الاوزاعي الا المغرب والصبح وقال ابو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعي
يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه
بالجملة لحديث بسر بن محجن عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه ما لك لم تصل مع الناس الست
برجل مسلم قال بلى يا رسول الله ولكني صليت في اهلي فقال عليه السلام
اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال
هذا العموم ان يحمل على عمومه او ان يخصص هذا العموم بالقياس او
الدليل فمن حمله على عمومه اوجب عليه اعادة الصلوات كلها وهو
مذهب الشافعي واما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فانه خصص
العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب
هي وتر فلو اعيدت لاشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر لانها كانت
تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت تنتقل من جنسها
الى جنس صلاة اخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان
السلام قد فصل بين الاوتار والتمسك بالعموم اقوى من الاستثناء
بهذا النوع من القياس واقوى من هذا ما قاله الكوفيون من ان اعادتها

يكون

83

يكون قد اوتر مرتين وقد جاء في الاثر لا وتران في ليلة واما ابو حنيفة فانه قال
ان الصلاة الثانية تكون له نفلا فان اعاد العصر يكون قد تنفل بعد
العصر بهذا القياس والمغرب فانها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس حسن
ان سلم الشافعي لهم ان الصلاة الاخرة لهم نفل واما من فرق بين العصر و
الصبح في ذلك فانه لم يختلف الاثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلف
الاثار في الصلاة بعد العصر كما ذكر فيما تقدم وهو الاوزاعي واما اذا صلى
في جماعة فهل يعيد في جماعة اخرى فاكثر الفقهاء على انه لا يعيد مالك
وابو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن قال بهذا القول احمد وداود
واهل الظاهر والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الاثار في ذلك
وذلك انه ورد عنه عليه السلام انه قال لا تصلى صلاة في يوم مرتين فروي
عنه انه امر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وايضا
فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد
فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب خاص
ان لا يخص به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه السلام ثم كان يؤم
قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فمذهب
الناس في هذه الاثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح فاما من ذهب مذهب
الترجيح فانه اخذ بعموم قوله عليه السلام لا تصلى صلاة واحدة في يوم
واحد مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق
عليها واما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه السلام

لا تصلى صلاة في يوم مرتين انما ذلك ان لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها
مرتين ثم يعتقد في كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد في الثانية انها
زائدة على الفرض ولكنه مأمور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما
هو للمنفرد اعني ان لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين الفصل
الثالث وفي هذا الفصل مسائل المسألة الاولى اختلفوا فيمن اولى بالامامة
فقال مالك يؤم القوم افقههم لا اقرؤهم وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة
والثوري واحمد يؤم القوم اقرؤهم والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في
مفهوم قوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة
سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا
في الهجرة سواء فاقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا
يقعد في بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف
العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو ابو حنيفة ومنهم
من فهم من الاقرأ هاهنا الافقه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه في الامامة
امس من الحاجة الى القراءة وايضا فان الاقرأ من الصحابة كان هو الافقه
ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم المسألة الثانية اختلف
الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارئا فاجاز ذلك قوم
لعموم هذا الاثر ولحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع
ذلك قوم مطلقا واجازه قوم في النفل ولم يجزه في الفريضة وهو مروي
عن مالك وسبب اختلافهم في ذلك هل يؤم احد في صلاة غير

واجبة

واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية المأموم والامام المسألة الثالثة
اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم بالاطلاق واجازها قوم بالاطلاق وفرق
قوم بين ان يكون فسقه مقطوعا به او غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه
مقطوعا به اعاد المصلي وراءه ابدا وان كان مظنونا استحب له الاعادة في الوقت
وهو الذي اختاره الابهري تأولا على المذهب ومنهم من فرق بين ان يكون
فسقه بتأويل او يكون بغير تأويل مثل الذي يشرب النبيذ يتأول قول
اهل العراق فاجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير
المتأول وسبب اختلافهم في هذا انه شيء مسكوت عنه في الشرع
والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة
ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الا صحة صلاته فقط على قول من يرى ان
الامام لا يحمل عن المأموم اجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على
الشهادة واتهم الفاسق ان يكون يصلي صلاة فاسدة كما يتهم في الشهادة
ان يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين ان يكون فسقه بتأويل او
بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا
به لانه اذا كان مقطوعا به فكأنه غير معذور في تأويله وقد رام اهل
الظاهر ان يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه السلام يؤم القوم
اقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقا من غير فاسق والاحتجاج
بالعموم في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه
في شيء من صحة الصلاة او امر خارج عن الصلاة بناء على ان الامام
انما يشترط فيه وقوع صلاة صحيحة المسألة الرابعة اختلفوا

في امامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز ان تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء
فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشذ ابو ثور والطبري فاجازا امامتها
على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها ان تؤم الرجال لانه لو كان جائزا
لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه ايضا لما كانت سنتهن في الصلاة التاخير
عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم لقوله عليه السلام اخروهن
حيث اخرهن الله ولذلك اجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات
في المرتبة في الصلاة ومع انه ايضا نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن اجاز
امامتها فانما ذهب الى ما رواه ابو داود من حديث ام ورقة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها
وامرها ان تؤم اهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة اعني من اختلافهم
في الصفات المشترطة في الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتا عنها في الشرع
وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة وما له تعلق
قريب بالمسموع واما احكام الامام الخاصة به ففي ذلك اربع مسائل
متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام القرآن ام
المأموم هو الذي يؤمن فقط والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام والثالثة
اذا ارتج عليه هل يفتح عليه ام لا والرابعة هل يجوز ان يكون موضعه
ارفع من موضع المأمومين فاما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام
القرآن فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين
انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء
وهي رواية المدنيين عن مالك وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين

متعارض

متعارضي الظاهر احدهما حديث ابي هريرة المتفق عليه في الصحيح انه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فامنوا والحديث الثاني ما
اخرجه مالك عن ابي هريرة ايضا انه قال عليه السلام اذا قال الامام غير
المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا امين فاما الحديث الاول فهو نص
في تامين الامام واما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن
وذلك انه لو كان يؤمن لما امر المأموم بالتامين عند الفراغ من ام
الكتاب قبل ان يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه السلام انما جعل
الامام ليؤتم به الا ان يخص هذا من اقوال الامام اعني ان يكون للمأموم ان
يؤمن معه وقبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التامين ويكون
انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح
للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور
الى ترجيح ذلك الاخر لكونه نصا ولانه ليس فيه شيء من حكم الامام
وانما الخلاف بينه وبين الحديث الاخر في موضع تامين المأموم فقط لا في هل
يؤمن الامام او لا يؤمن فتامل هذا ويمكن ايضا ان يتناول الحديث
بان يقال ان معنى قوله فاذا امن فامنوا فاذا بلغ موضع التامين وقد
قيل ان التامين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم
من الحديث الا القياس اعني ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم
ولا الضالين فامنوا انه لا يؤمن الامام واما متى يكبر الامام فان قوما

قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي
وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل ان تتم الاقامة واستحسنوا
تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب ابي حنيفة والثوري
وزفر وسبب الخلاف في ذلك تعارض مفهوم حديث انس وحديث بلال
اما حديث انس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يكبر
في الصلاة فقال اقيموا صفوفكم وتراصوا فاني اراكم من وراء ظهري ومفهوم هذا
ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ما روي عن عمر انه كان اذا تمت
الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر واما حديث بلال فانه روي انه
كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يا رسول الله لا تسبقني
بآمين قالوا فهذا يدل على ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر
والاقامة لم تتم واما اختلافهم في الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون
وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم تردد في آية فلما انصرف قال اين ابي الم يكن في القوم
اي يريد الفتح عليه وروي عنه عليه السلام انه قال لا يفتح على الامام والخلاف
في ذلك في الصدر الاول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور
واما موضع الامام فان قوما اجازوا ان يكون ارفع من موضع المأمومين وقوم
منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب
الخلاف في ذلك حديثان متعارضان احدهما الحديث الثابت انه ام

ام الناس

86

ام الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا اراد ان يسجد نزل من اعلى المنبر
والثاني ما رواه ابو داود ان حذيفة ام الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه
فجبذه فلما فرغ من صلاته قال الم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك او ينهى عن ذلك
وقد اختلفوا هل يجب على الامام ان ينوي الامامة ام لا فذهب قوم الى انه
ليس بواجب عليه لحديث ابن عباس انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعد دخوله في الصلاة ورأى قوم ان هذا محتمل وانه لا بد له من ذلك اذا كان
يحمل بعض افعال الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى ان الامام
يحمل فرضا او نفلا عن المأمومين الفصل الثالث في مقام المأموم من الامام
واحكام المأموم الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل المسألة الاولى جمهور
العلماء على ان سنة الواحد المنفرد ان يقوم عن يمين الامام لثبوت ذلك من
حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا
اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى انهما يقومان خلف
الامام وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب
في اختلافهم ذلك ان في ذلك حديثين متعارضين احدهما حديث جابر بن عبد الله
قال قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بيده فادارني حتى
اقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخذ بايدينا جميعا فدفعنا حتى اقامنا خلفه والحديث
الثاني حديث ابن مسعود انه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما واسند

الى النبي صلى الله عليه وسلم قال ابو عمر اختلف رواة هذا الحديث فيه فبعضهم اوقفه
وبعضهم اسنده والصحيح انه موقوف واما سنة المرأة ان تقف خلف الرجل وان الرجل
ان كان مع الامام رجل سوى الامام او خلف الامام وان كانت وحدها فلا اعلم في ذلك
خلافا لثبوت ذلك من حديث انس الذي خرجه البخاري ان النبي صلى الله عليه السلام
صلى به وبامه وبخالته قال فاقامني عن يمينه واقام المرأة خلفنا والذي خرجه
عنه ايضا مالك انه قال فصففت انا واليتيم وراءه صلى الله عليه وسلم والعجوز
من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور ان يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس
حين بات عند ميمونة وليس هذا الحديث وقال قوم بل عن يساره قال ولا خلاف
في المرأة الواحدة انها تقف خلف الرجل الواحد وان كان معه رجل اخر صلى الى جنبه
وصلت المرأة خلفهما المسألة الثانية اجمع العلماء على ان الصف الاول مرغب
فيه وكذلك التراص فيه وتسويته لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على ان صلاته
تجزيه وقال احمد وابو ثور وداود وجماعة صلاته فاسدة وسبب اختلافهم
في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة انه قال عليه السلام
لا صلاة لفذ خلف الصف وكان الشافعي يرى ان هذا يعارضه قيام العجوز
وحدها خلف الصف في حديث انس وكان احمد يقول ليس في ذلك حجة لان سنة
النساء هي القيام خلف الرجال وكان احمد كما قلنا يصحح حديث وابصة
وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واحتج الجمهور

بحديث

87

بحديث ابي بكرة انه ركع دون الصف فلم يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاعادة
وقال له لا تعد زادك الله حرصا ولو حمل هذا العموم على الندب لم يكن تعارض اعني
بين حديث وابصة وحديث ابي بكرة المسألة الثالثة اختلف الصدر الاول
في الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل يسرع المشي الى المسجد ام لا مخافة
ان يفوته جزء من الصلاة فروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون
المشي اذا سمعوا الاقامة وروي عن زيد بن ثابت وابي ذر وغيرهم من الصحابة
انهم كانوا لا يرون السعي بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول
قال فقهاء الامصار لحديث ابي هريرة الثابت اذا ثوب بالصلاة فلا تاتوها
وانتم تسعون واتوها وعليكم السكينة ويشبه ان يكون سبب الخلاف
في ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث او رأوا ان الكتاب يعارضه لقوله تعالى
فاستبقوا الخيرات وقوله السابقون السابقون اولئك المقربون وقوله
سارعوا الى مغفرة من ربكم وبالجملة اصول الشرع تقتضي المبادرة لكن اذا صح
الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر اعمال القرب المسألة الرابعة
متى يستحب ان يقوم الناس الى الصلاة فبعض استحسن البدء في اول الاقامة
على الاصل في الترغيب في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعض
عند قوله حي على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد في ذلك
حدا كمالك رضي الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس في ذلك
شرع مسموع الا حديث ابي قتادة انه قال عليه السلام اذا اقيمت الصلاة
فلا تقوموا حتى تروني وان صح هذا وجب العمل به والا فالمسألة باقية على

على اصلها المجمع عليه اعني انه ليس فيها شيء وانه متى فات كان بخس المسئلة
الخامسة ذهب مالك وكثير من العلماء الى ان الداخل وراء الامام اذا خاف فوات
الركعة بان يرفع الامام راسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له ان
يركع دون الصف الاول ثم يدب راكعا وكره ذلك الشافعي وفرق ابو حنيفة
بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد واجازه للجماعة وما ذهب اليه مالك روي
عن زيد بن ثابت وابن مسعود وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث
ابي بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس
وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من الساعي قال ابو بكرة انا قال زادك الله حرصا ولا تعد الفصل الرابع في
ما يجب على الماموم ان يتبع فيه الامام واجمع العلماء على انه يجب على الماموم
ان يتبع الامام في جميع اقواله وافعاله الا في قوله سمع الله لمن حمده وفي جلوسه
اذا صلى جالسا لمرض عند من اجاز امامة الجالس اما اختلافهم في قوله سمع
الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الى ان الامام يقول اذا رفع راسه من الركوع
سمع الله لمن حمده فقط ويقول الماموم ربنا ولك الحمد فقط وممن قال بهذا
القول مالك وابو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة اخرى الى ان الامام والماموم
يقولان جميعا سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وان الماموم يتبع فيهما
الامام كسائر التكبير سواء وقد روي عن ابي حنيفة ان المنفرد والامام
يقولهما جميعا ولا خلاف في المنفرد اعني انه يقولهما جميعا وسبب الاختلاف
ان في ذلك حديثين متعارضين احدهما حديث انس ان النبي عليه السلام قال انما

جعل

جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله
لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد والحديث الثاني حديث ابن عمر انه صلى الله عليه
وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع راسه من
الركوع رفعهما كذلك ايضا وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجح مفهوم
حديث انس قال لا يقول الماموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد
وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق
به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على الماموم
ان يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به
ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الماموم والامام والحق في ذلك ان حديث
انس يقتضي بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان الماموم
لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضي نصا ان الامام يقول ربنا
ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص لدليل الخطاب وحديث انس يقتضي
بعمومه ان الماموم يقول سمع الله لمن حمده اعني عموم قوله انما جعل الامام
ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها فوجب ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب
ولا خلاف ان العموم اقوى من دليل الخطاب لكن العموم ايضا يختلف في القوة
والضعف ولذلك ليس يبعد ان تكون بعض ادلة الخطاب اقوى من بعض
ادلة العموم فالمسئلة لعمري اجتهادية اعني في الماموم واما المسئلة
الثانية وهي صلاة القائم خلف القاعد فان تحصيل القول فيها ان العلماء

اتفقوا على أنه ليس للصحيح أن يصلي فرضا قاعدا إذا كان منفردا أو إماما لقوله تعالى وقوموا لله قانتين واختلفوا إذا كان المأموم صحيحا فصلى خلف إمام مريض يصلي قاعدا على ثلاثة أقوال أحدها أن المأموم يصلي خلفه قاعدا وممن قال بهذا أحمد وإسحاق والقول الثاني أنهم يصلون خلفه قياما قال أبو عمر بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الأمصار الشافعي وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياما وإن كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومي إيماء وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا تجوز إمامة القاعد وأنه إن صلوا خلفه قياما أو قعودا بطلت صلاتهم وقد روي عن مالك أنهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا إنما يبنى على الكراهة لا على المنع والأول هو المشهور عنه وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للأثر أعني عمل أهل المدينة عند مالك وذلك أن في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث أنس وهو قوله عليه السلام وإذا صلى قاعدا فصلوا قعودا وحديث عائشة في معناه أنه صلى الله عليه وسلم صلى وهو شاك جالسا وصلى وراءه قوم قياما فأشار إليهم أن اجلسوا فلما انصرف قال إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذي توفي فيه فأتى المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستأخر أبو بكر فأشار

إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كما أنت فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنب أبي بكر فكان أبو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهب النسخ ومذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب النسخ فإنهم قالوا إن ظاهر حديث عائشة هو أن النبي صلى الله عليه السلام كان يؤم الناس وأن أبا بكر كان مسمعا لأنه لا يجوز أن يكون إمامان في صلاة واحدة وأن الناس كانوا قياما وأن النبي صلى الله عليه وسلم كان جالسا فوجب أن يكون هذا من فعله عليه السلام إذ كان آخر فعله ناسخا لقوله وفعله المتقدم وأما من ذهب مذهب الترجيح فإنهم رجحوا حديث أنس بأن قالوا إن هذا الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الإمام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لأن كلا الحديثين اتفقا على جواز إمامة القاعد وإنما اختلفا في قيام المأموم أو قعوده حتى إنه لقد قال أبو محمد بن حزم إنه ليس في حديث عائشة أن الناس صلوا لا قياما ولا قعودا وليس يجب أن يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال أبو محمد وقد ذكر أبو المصعب في مختصره عن مالك أنه قال لا يؤم الناس أحد قاعدا فإن أمهم قاعدا فسدت صلاتهم وصلاته لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يؤمن أحد بعدي قاعدا قال أبو عمر وهذا حديث لا يصح عند أهل العلم بالحديث لأنه يرويه جابر الجعفي مرسلا وليس بحجة فيما أسند فكيف فيما أرسل وقد روى ابن القاسم

عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة ابن ابي عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم صلى بصلاة ابي بكر وقال ما مات نبي حتى يؤمه رجل من امته
وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه انما ائتم بابي بكر لانه لا تجوز صلاة الامام
القاعد وهذا ظن لا يجب ان ينزل له النص مع ضعف هذا الحديث الفصل
الخامس في صفة الاتباع وفيه مسئلتان احداهما في وقت تكبيرة الاحرام للماموم
والثانية في حكم من رفع راسه قبل الامام اما اختلافهم في وقت تكبيرة
الماموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال
وان كبر معه اجزاه وقيل لا يجزيه واما ان كبر قبله فلا يجزيه وقال ابو حنيفة
وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه واما الشافعي فعنه في ذلك
روايتان احداهما مثل قول مالك وهو الاشهر والثانية ان الماموم ان كبر
قبل الامام اجزاه وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين احدهما
قوله عليه السلام فاذا كبر فكبروا والثاني ما روي عنه عليه السلام انه كبر
في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى
راسه اثر الماء فكبر وظاهر هذا ان تكبيرته وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير اولا
لمكان عدم الطهارة وهو ايضا مبني على اصله في ان صلاة الامام غير مرتبطة بصلاة
الماموم والحديث ليس فيه ذكر هل استانفوا التكبير او لم يستانفوا فليس ينبغي
ان يحمل على احدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يفرغ
الامام اما بالتكبير واما بافتتاحه واما من رفع راسه قبل الامام فان الجمهور

يرى انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام وذهب
قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه السلام اما
يخاف الذي يرفع راسه قبل الامام ان يحول الله راسه راس حمار الفصل السادس
واتفقوا على انه يحمل الامام عن الماموم شيئا من فرائض الصلاة ما عدا القراءة
فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال احدها ان الماموم يقرا مع الامام فيما اسر
فيه ولا يقرا معه فيما جهر به والثاني انه لا يقرا معه اصلا والثالث انه يقرا معه
فيما اسر ام الكتاب وغيرها وفيما جهر ام الكتاب فقط وبعضهم فرق في
الجهر بين ان يسمع قراءة الامام او لا يسمع فاوجب عليه القراءة اذا لم يسمع
ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه استحسن القراءة فيما اسر
فيه الامام وبالثاني قال ابو حنيفة وبالثالث قال الشافعي والتفرقة بين ان
يسمع وبين ان لا يسمع هو قول احمد بن حنبل والسبب في اختلافهم
اختلاف الاحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان في ذلك
اربعة احاديث احدها قوله عليه السلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب
والثاني ما روى عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف
من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرا معي منكم احد فقال رجل نعم انا
يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اقول ما لي انازع في
القران فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه
وسلم والثالث حديث عبادة بن الصامت قال صلى بنا رسول الله صلى الله

احمد

عليه وسلم صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال إني لأراكم تقرؤون
وراء الإمام قلنا نعم قال لا تفعلوا إلا بأم القرآن قال أبو عمر وحديث عبادة بن
الصامت هذا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح والحديث الرابع
حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان له إمام فقراءته له قراءة
وفي هذا أيضا حديث خامس صححه أحمد بن حنبل وهو ما روي أنه عليه السلام قال
إذا قرأ الإمام فأنصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الأحاديث فمن الناس من
استثنى من النهي عن القراءة فيما جهر فيه الإمام قراءة أم القرآن فقط على
حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه السلام
لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب المأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهي الوارد عن
القراءة فيما جهر فيه الإمام في حديث أبي هريرة وأكد ذلك بظاهر قوله تعالى
وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون قالوا وهذا ورد في
الصلاة ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلي للمأموم فقط سرا كانت
أو جهرا وجعل الوجوب في القراءة في حق الإمام والمنفرد فقط مصيرا إلى حديث
جابر وهو مذهب أبي حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله عليه السلام
واقرأ ما تيسر فقط لأنه لا يرى وجوب قراءة أم القرآن في الصلاة وإنما يرى وجوب
القراءة مطلقا على ما تقدم وحديث قراءة أم القرآن في الصلاة جابر لم يروه
مرفوعا إلا جابر الجعفي ولا حجة في شيء مما ينفرد به قال أبو عمر هو حديث لا يصح
إلا موقوفا على جابر الفصل السابع واتفقوا أنه إذا طرأ عليه الحدث في الصلاة
فقطع أن صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا إذا صلى بهم وهو جنب

وعلموا

وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة
وفرق قوم بين أن يكون الإمام عالما بجنابته أو ناسيا لها فقالوا إن كان عالما
فسدت صلاتهم وإن كان ناسيا لم تفسد صلاتهم وبالأول قال الشافعي وبالثاني
قال أبو حنيفة وبالثالث قال مالك وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة
المأموم مرتبطة بصحة صلاة الإمام أم ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال
صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو
والعمد قصد إلى ظاهر الأثر المتقدم وهو أنه عليه السلام كبر في صلاة من الصلوات
ثم أشار إليهم أن امكثوا ثم انصرف وعلى جسمه أثر الماء فإن ظاهر هذا أنهم
بنوا على صلاتهم والشافعي يرى أنه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم أن يبدؤوا بالصلاة
مرة ثانية الباب الثالث من الجملة الثالثة والكلام المحيط بقواعد هذا الباب
منحصر في أربعة فصول الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه الثاني في شروط
صلاة الجمعة الثالث في أركان الجمعة الرابع في أحكام الجمعة الفصل الأول أما
وجوب صلاة الجمعة على الأعيان فهو الذي عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب
وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم
الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع والأمر على الوجوب ولقوله عليه السلام
لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعة أو ليختمن الله على قلوبهم وذهب قوم
إلى أنها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة أنها سنة والسبب
في هذا الخلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه السلام إن هذا يوم جعله الله

عبدا واما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة
ووجدت فيه زائدا عليها اربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما
اما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق
ولكن ان حضروا كانوا من اهل الجمعة واما المختلف فيهما فهو المسافر والعبد
فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود واصحابه على انه تجب عليهما الجمعة
وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه السلام
الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبد مملوك او امرأة او صبيا
او مريضا وفي اخرى الا خمسة وفيه او مسافرا والحديث لم يصح عند اكثر العلماء
الفصل الثاني واما شروط الجمعة فاتفقوا على انها شروط الصلوات المفروضة
بعينها اعني الثمانية المتقدمة ما عدا الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما
وكذلك اختلفوا في شروط فيها المختصة فاما الوقت فان الجمهور على ان وقتها
هو وقت الظهر بعينه اعني وقت الزوال وانه لا يجوز قبل الزوال وذهب قوم
الى انه يجوز ان تصلى قبل الزوال وهو قول احمد ابن حنبل والسبب في الاختلاف
الاختلاف في مفهوم الاثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرج البخاري عن
سهل بن سعد انه قال ما كنا نتغدى لعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ما روي انهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدر
اظلال فمن فهم من هذه الاثار الصلاة قبل الزوال اجاز ذلك ومن لم يفهم
منها الا التبكير فقط لم يجز ذلك لئلا تتعارض الاصول في هذا الباب وذلك انه قد ثبت

من حديث انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي الجمعة حتى تميل
الشمس وايضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب ان يكون وقتها وقت الظهر
فوجب من طريق الجمع من هذه الاحاديث ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست
نصا في الصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور واما الاذان فان جمهور الفقهاء
اتفقوا على ان وقته هو اذا جلس الامام على المنبر واختلفوا هل يؤذن بين يدي
الامام مؤذن واحد فقط او اكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين
يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال اخرون
بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم يؤذن ثلاثة والسبب في اختلافهم اختلاف
الاثار في ذلك وذلك انه روى البخاري عن السائب بن يزيد انه قال كان النداء
يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر
وعمر فلما كان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروي ايضا
عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه
وسلم الا مؤذن واحد وروي ايضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم
الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر اذانا واحدا حين
يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد الاذان الاول ليتهيأ
الناس للجمعة وروى ابن حبيب ان المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخاري وقالوا
يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب اخرون الى ان المؤذن واحد وقالوا

أن معنى قوله فلما كان زمن عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثاني هو
الإقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل العلم
ضعيفة ولا سيما فيما انفرد به وأما شروط الوجوب والصحة المختصة
بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا في مقدار الجماعة فمنهم
من قال واحد مع الإمام وهو الطبري ومنهم من قال اثنان سوى الإمام
ومنهم من قال ثلاثة دون الإمام وهو قول أبي حنيفة ومنهم من اشترط أربعين
وهو قول الشافعي وأحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عددا ولكن
رأى أنه تجوز بما دون الأربعين ولا تجوز بالثلاثة والأربعة وهو مذهب مالك
وحدهم بأنهم الذين يمكن أن تتقرى بهم قرية وسبب اختلافهم في هذا اختلافهم
في أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك اثنان أو ثلاثة وهل الإمام داخل
فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو أقل ما ينطلق
عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الأحوال وذلك هو أكثر من
الاثنين والأربعة فمن ذهب إلى أن الشرط في ذلك هو أقل ما ينطلق عليه
اسم الجمع وكان عنده أن أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فإن كان
ممن يعد الإمام في الجمع المشترط في ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الإمام
وواحد وإن كان ممن لا يرى أن يعد الإمام في الجمع قال اثنان سوى الإمام
ومن كان عنده أيضا أن أقل الجمع ثلاثة فإن كان لا يعد الإمام في جملتهم
قال بثلاثة سوى الإمام وإن كان ممن يعد الإمام في جملتهم وافق قول من

قال

قال إن الجمع اثنان ولم يعد الإمام في جملتهم وأما من راعى ما ينطلق عليه في الأكثر
والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنين والأربعة ولم يحد في ذلك
حدا ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس
الذين يمكنهم أن يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك وأما من اشترط الأربعين
فمصيرا إلى ما روي أن هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد
شروط صحة الجمعة أعني شرط وجوب وشرط صحة فإن من الشروط ما هو
شرط في وجوب فقط ومنها ما هو في الأمرين جميعا أعني أنها شرط في وجوب وشرط في
صحة وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فإن فقهاء الأمصار اتفقوا
عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف في ذلك أهل الظاهر
لإيجابهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسلطان مع
هذا ولم يشترط العدد وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق
إلى الأحوال الراتبة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعله إياها صلى الله عليه
وسلم هل هي شرط في صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك أنه لم
يصلها صلى الله عليه وسلم إلا في جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى أن اقتران
هذه الأشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا في صلاة الجمعة اشترطها ومن
رأى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك
المسجد وكاشتراط أبي حنيفة المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا في كثير
من مسائل هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في مصر واحد أو لا تقام

والسبب في اختلافهم في اشتراط الأحوال والأفعال المقترنة بها هو كون بعض
تلك الأحوال أشد مناسبة لأفعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط
الجماعة إذ كان معلوما من الشرع أنها حال من الأحوال الموجودة للصلاة ولم
ير مالك المصر ولا السلطان شرطا في ذلك لكونه غير مناسب لأحوال الصلاة
ورأى المسجد شرطا لكونه أقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من أصحابه
هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه أن تكون الجمعة راتبة فيه
أم لا وهذا كله لعله تعمق في هذا الباب ودين الله يسر ولقائل أن يقول إن هذه
لو كانت شروطا في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه السلام ولا أن يترك
بيانها لقوله تعالى لتبين للناس ما نزل إليهم والله المرشد للصواب

الفصل الثالث في الأركان اتفق المسلمون على أنها خطبة وركعتان بعد
الخطبة واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب المسألة
الأولى الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب
الجمهور إلى أنها شرط وركن وقال قوم إنها ليست بفرض وجمهور أصحاب مالك على
أنها فرض إلا ابن الماجشون وسبب اختلافهم هو الأصل المتقدم من احتمال كل ما
اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شرطها أو لا يكون فمن رأى أن الخطبة حال من
الأحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة إذ توهم أنها عوض من الركعتين
اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال إنها ركن من أركان هذه الصلاة
وشرط في صحتها ومن رأى أن المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر
الخطب

الخطب رأى أنها ليست شرطا من شروط الصلاة وإنما وقع الخلاف في هذه الخطبة
هل هي فرض أم لا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله
تعالى فاسعوا إلى ذكر الله وقالوا هو الخطبة المسألة الثانية واختلف الذين قالوا
بوجوبها في القدر المجزئ منها فقال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق عليه اسم خطبة
في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدأ بحمد الله وقال الشافعي أقل ما يجزئ من ذلك
خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما قائما يفصل إحداهما من الأخرى بجلسة
خفيفة يحمد الله في كل واحدة منهما في أولها ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم
ويوصي بتقوى الله ويقرأ شيئا من القرآن في الأولى ويدعو في الآخرة والسبب
في اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أو الاسم الشرعي
فمن رأى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئا
من الأقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رأى أن المجزئ من
ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها أصول الأقوال
التي نقلت من خطبته صلى الله عليه وسلم أعني من الأقوال الثابتة غير
المتبدلة والسبب في هذا الخلاف أن الخطبة التي نقلت عنه صلى الله عليه
وسلم فيها أقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الأقوال الغير
راتبة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي
أعني اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الراتبة وغلب حكمها قال لا يجزئ
من ذلك إلا أقل ما ينطلق عليه اسم خطبة في عرف الشرع واستعماله

وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعي وذلك
انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطا ومن
جعل ذلك عبادة جعله شرطا المسألة الثالثة اختلفوا في الانصات يوم الجمعة
والامام يخطب على ثلاثة اقوال فمنهم من رأى ان الانصات واجب على كل حال
وانه حكم لازم من احكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد
وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا على ثلاثة اقسام فبعضهم اجاز التشميت
ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي وغيرهم وبعضهم لم يجز
رد السلام ولا التشميت وبعضهم فرق بين السلام والتشميت فقالوا يرد
السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو ان الكلام في حال الخطبة
جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم
النخعي والقول الثالث الفرق بين ان يسمع الخطبة او لا يسمعها فان سمع انصت
وان لم يسمع جاز له ان يسبح او يتكلم في مسألة من العلم وبه قال احمد وعطاء
وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تفسد صلاته وروي عن ابن وهب انه قال
من لغا اربع وانما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال اذا قلت لصاحبك انصت والامام يخطب فقد لغوت واما من لم يوجبه
فلا اعلم لهم شبهة الا ان يكونوا يرون ان هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب
في قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون اي ان
ما عدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله اعلم والاشبه

ان يكون

ان يكون الحديث لم يبلغهم واما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس
فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان
يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالسلام و
التشميت اجازهما ومن استثنى من عموم الامر بالسلام والتشميت الامر
بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثنى السلام من النهي عن
التكلم في الخطبة واستثنى من عموم الامر بالتشميت وقت الخطبة وانما ذهب
كل واحد من هؤلاء الى واحد من هذه المستثنيات بما غلب على ظنه من قوة
العموم في احدهما وضعفه في الاخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام في الكلام
خاص في الوقت والامر برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام
فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت في
وقت الخطبة ومن استثنى الكلام الخاص من النهي عن الكلام العام اجاز ذلك
والصواب ان لا يصار لاستثناء احد العمومين باحد الخصوصين الا بدليل فان
عسر ذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات وفي ترجيح تاكيد
الاوامر بها والقول في تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بايجاز انه ان كانت
الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك
دليل على ان يستثنى مما الى رفع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان
لم يكن فوجه الترجيح في العمومات والخصوصات الواقعة في امثال هذه
المواضع هو النظر الى جميع اقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمو

احمد

العمومين وهي اربع عمومات في مرتبة واحدة من القوة وخصوصان في مرتبة واحدة
من القوة فهذا الايصار لاستثناء احدهما بالآخر الا بدليل مقابل هذا وهو خصوص في نهاية
القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب ان يصار اليه ولا بد عنه ان يستثنى من
العموم الخصوص الثالث خصوصان في مرتبة واحدة واحد العمومين اضعف من الثاني
فهذا ينبغي ان يخصص منه العموم الضعيف الرابع عمومان في مرتبة واحدة واحد
الخصوصين اقوى من الثاني فهذا يجب ان يكون الحكم فيه للخصوص القوي وهذا كله
اذا تساوت الاوامر فيهما من مفهوم التأكيد فان اختلف حدث من ذلك تراكيب
مختلفة ووجبت المقايسة ايضا بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر وليس تنضبط
هذه الاشياء فقيل ان كل مجتهد مصيب واقل ذلك انه غير مأثوم المسألة الرابعة
اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع ام لا فذهب بعض الى انه لا يركع
وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى انه يركع والسبب في اختلافهم معارضة
القياس لعموم الاثر وذلك ان عموم قوله عليه السلام اذا جاء احدكم المسجد
فليركع ركعتين يوجب ان يركع الداخل المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والامر
بالانصات الى الخطبة يوجب دليله ان لا يشتغل بشيء مما يشغل عن الانصات وان كان
عبادة ويؤيد عموم هذا الاثر ما ثبت من قوله عليه السلام اذا جاء احدكم المسجد والامام
يخطب فليركع ركعتين خفيفتين فان هذا نص في موضع الخلاف والنص لا يجب ان يعارض
بالقياس لكن يشبه ان يكون الذي راعى مالك في هذا هو العمل مع ان هذا الحديث خرجه
مسلم وفي بعض رواياته ان النبي صلى الله عليه وسلم امر الرجل الداخل ولم يقل اذا جاء
احدكم فيتطرق الى هذا الخلاف هل تقبل زيادة الراوي الواحد اذا خالفه اصحابه
من الشيخ الاول الذي اجتمعوا في الرواية عنه ام لا المسألة الخامسة اكثر الفقهاء

على ان من

على ان من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما
تكرر ذلك من فعله عليه السلام وذلك انه خرج مسلم عن ابي هريرة ان رسول الله
عليه وسلم كان يقرأ في الركعة الاولى بالجمعة وفي الثانية باذا جاءك المنافقون
وروى مالك ان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ رسول الله
صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على اثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل اتاك حديث
الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح كان
حسنا لانه مروي عن عمر بن عبد العزيز واما ابو حنيفة فلم يوقت فيها شيئا
والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب ان
لا يكون لها سورة راتبة قلت خرج مسلم عن النعمان بن بشير ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث
الغاشية قال واذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا
يدل على انه ليس عنده سورة راتبة وان الجمعة ليس كان يستغني ابدا بهما الفصل
الرابع في احكام الجمعة وفي هذا الباب اربع مسائل الاولى في غسل الجمعة
الثانية على من تجب ممن خارج المصر الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة
الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء المسألة الاولى اختلفوا في غسل الجمعة فذهب
الجمهور الى انه سنة وذهب اهل الظاهر الى انه فرض ولا خلاف فيما اعلم انه ليس شرطا
في صحة الصلاة والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان في هذا الباب حديث
ابي سعيد الخدري وهو قوله عليه السلام غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم كغسل
الجنابة وفيه حديث عائشة قالت كان الناس عمال انفسهم فيروحون الى الجمعة

بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والاول صحيح باتفاق والثاني خرجه ابو داود ومسلم
ومفهوم حديث ابي سعيد يقتضي وجوب الغسل ومفهوم حديث عائشة ان ذلك كان
لموضع النظافة وانه ليس عبادة وروي من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن
اغتسل فالغسل افضل وهو نص في سقوطه الا انه حديث ضعيف المسألة
الثانية واما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فان قوما قالوا لا تجب الجمعة على من خارج
المصر وقال قوم تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيرا فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة
مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب الاتيان اليها
على ثلاثة اميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الاغلب
وذلك ثلاثة اميال من موضع النداء وهذا القول عن مالك وهذه المسألة تنبني
في شرط الوجوب وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك انه ورد
ان الناس كانوا ياتون الجمعة من العوالي في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك
ثلاثة اميال من المدينة وروى ابو داود ان النبي عليه السلام قال الجمعة على من
سمع النداء وروي الجمعة على من آواه الليل الى اهله وهو اثر ضعيف المسألة
الثالثة واما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه
السلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة الحديث فان الشافعي وجماعة
من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعة هي ساعات النهار فندبوا الى الرواح
من اول النهار وذهب مالك الى انها اجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده وقال
قوم هي قبل الزوال وقال قوم بعد الزوال وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال
الا على مذهب من يرى ان الواجب قبله الفضيلة المسألة الرابعة واما اختلافهم

في البيع

97

في البيع وقت النداء فان قوما قالوا يفسخ وقوم لا يفسخ البيع وسبب اختلافهم
هل النهي عن الشيء الذي اصله مباح اذا تقيد النهي بصفة يعود بفساد المنهي عنه ام لا
وآداب الجمعة ثلاثة الطيب والسواك واللباس الحسن الباب الرابع من الجملة
الثالثة وهو القول في صلاة السفر والسفر له تاثير في القصر باتفاق وفي الجمع
باختلاف اما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ
لقوم وهو قول عائشة وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم ان
يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر لانه كان
خائفا واختلفوا في ذلك في خمسة مواضع احدها في حكم القصر الثاني في المسافة
والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر والرابع في الموضع الذي يبدا منه المسافر بالتقصير
والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا اقام في موضع ان يقصر الصلاة
فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على اربعة اقوال فمنهم من راى ان القصر هو
فرض المسافر المتعين ومنهم من راى ان القصر والاتمام كلاهما فرض مخير
فيه كالخيار في واجب الكفارة ومنهم من راى ان القصر سنة ومنهم من راى
ان القصر رخصة وان الاتمام افضل وبالقول الاول قال ابو حنيفة واصحابه
والكوفيون باسرهم اعني انه فرض متعين وبالثاني قال اصحاب الشافعي وبالثالث
اعني انه سنة قال مالك في اشهر الروايات عنه وبالرابع اعني انه رخصة
قال الشافعي في اشهر الروايات عنه وهو المنصور عند اصحابه والسبب
في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المعنى

احمد

المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو للرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي
اشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن امية قال قلت لعمر انما قال الله تعالى ان خفتم
ان يفتنكم الذين كفروا وقد امن الناس فقال عمر عجبت مما عجبت
منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق
الله بها عليكم فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث ابي قلابة عن رجل من
بني عامر انه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ان الله
وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على
التخفيف والرخصة ورفع الحرج لا ان القصر هو الواجب ولا انه سنة واما الاثر
الذي يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الاثار فحديث عائشة
الثابت باتفاق قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر
وزيد في صلاة الحضر واما دليل الفعل الذي يعارض المعنى المعقول ومفهوم
الاثر المنقول فانه ما نقل عنه عليه السلام من قصر الصلاة في كل اسفاره وانه
لم يصح عنه عليه السلام انه اتم الصلاة قط ومن ذهب الى انه سنة او واجب مخير
فانه حمله على ذلك انه لم يصح عنده ان النبي عليه السلام اتم الصلاة وما هذا
شأنه فقد يجب اما ان يكون احد الواجبين اعني واجبا مخيرا واما ان يكون
سنة واما ان يكون فرضا معينا لكن كونه فرضا معينا يعارضه المعنى المعقول
وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب ان يكون واجبا مخيرا او سنة
وكان هذا نوعا من الجمع وقد اعتلوا لحديث عائشة بالمشهور عنها انها

كانت

كانت تتم وروى عطاء عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتم في السفر الصلاة
الصلاة ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب و
يعجل العشاء ومما يعارضها ايضا حديث انس وابي نجيح المكي قال اصطحب
اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم
وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في
اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع الاول واما اختلافهم
في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا
في ذلك ايضا اختلافا كثيرا فذهب مالك والشافعي واحمد وجماعة كثيرة ان الصلاة
تقصر في اربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون
اقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة ايام وان القصر انما هو لمن سار من افق الى افق
وقال اهل الظاهر القصر في كل سفر قريبا كان او بعيدا والسبب في اختلافهم
معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك ان المعقول من تأثير السفر في القصر
انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم واذا كان الامر كذلك
فيجب القصر حيث المشقة واما من لا يراعي في ذلك الا اللفظ فقط فقالوا
قد قال عليه السلام ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من
انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وايدوا ذلك بما رواه مسلم
عن عمر بن الخطاب ان النبي عليه السلام كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلا
وذهب قوم الى القول الاخر كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله
تعالى ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا
ان النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر لانه كان خائفا واما اختلاف

اولئك الذين اعتبروا المشقة وسبب اختلاف الصحابة في ذلك ان مذهب الاربعة
برد مروي عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة الايام ~~وهو اختلافهم~~ برد
مروي ايضا عن ابن مسعود وعثمان وغيرهم واما الموضع الثالث وهو
اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك مقصور
على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول احمد ومنهم
من اجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعي
ومنهم من اجازه في كل سفر قربة كان او مباحا او معصية وبه قال ابو حنيفة
واصحابه وابو ثور والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول او ظاهر
اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة او ظاهر لفظ السفر لم يفرق
بين سفر وسفر ومن اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا في السفر
المتقرب به لان النبي عليه السلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به واما من فرق
بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخصة للعصاة
ام لا وهذه المسألة عارض فيها اللفظ المعنى واختلف الناس فيها لذلك واما
اختلافهم في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير فان مالكا قال في الموطأ لا يقصر
الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل بيوتها وقد روي
عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة اميال وذلك عنده اقصى
ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في احدى الروايتين عنه وبالقول الاول
قال الجمهور والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل
وذلك انه اذا شرع في السفر انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم
قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل اعني فعله عليه

السلام

السلام قال لا يقصر الا اذا خرج من القرية ثلاثة اميال لما صح من حديث انس
قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا خرج مسيرة ثلاثة اميال او ثلاثة
فراسخ شعبة شاك صلى ركعتين واما اختلافهم في الزمان الذي يجوز للمسافر
اذا اقام فيه في بلد ان يقصر فاختلاف كثير حكى فيه ابو عمر نحوا من احد عشر قولا
الا ان الاشهر منها ما عليه فقهاء الامصار ولهم في ذلك ثلاثة اقوال
احدها مذهب مالك والشافعي انه اذا ازمع المسافر على اقامة اربعة
ايام اتم والثاني مذهب ابي حنيفة وسفيان الثوري انه اذا ازمع اقامة خمسة عشر
يوما اتم والثالث مذهب احمد وداود انه اذا ازمع على اكثر من اربعة ايام اتم
وسبب الخلاف انه امر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف
عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا لمذهبهم من الاحوال التي نقلت
عنه عليه السلام انه اقام فيها مقصرا او انه جعل لها حكم المسافر فالفريق
الاول احتجوا لمذهبهم بما روي انه عليه السلام اقام بمكة ثلاثا يقصر في عمرته
وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما فيه حجة على انه يقصر
في الثلاث فما دونها والفريق الثاني احتجوا لمذهبهم بما روي انه اقام بمكة عام
الفتح مقصرا وذلك نحو من خمسة عشر يوما في بعض الروايات وقد روي سبعة
عشر يوما وثمانية عشر يوما وتسعة عشر يوما رواه البخاري عن ابن
عباس وبكل قال فريق والفريق الثالث احتجوا بمقامه في حجه

بمكة مقام اربعة ايام وقد احتجت المالكية لمذهبها بان رسول الله صلى الله عليه
وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة ايام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على
ان اقامة ثلاثة ايام ليست تسلب عن المقيم اسم السفر وهي النكتة التي ذهب
الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه السلام اعني متى يرتفع عنه بقصد
الاقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الاقامة مدة لا يرتفع فيها
عنه اسم السفر بحسب راي واحد واحد منهم في تلك المدة وعاقه عائق عن السفر
انه يقصر ابدا وان اقام ما شاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تاول مقامه
في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان الخمسة عشر
يوما التي اقامها عليه السلام عام الفتح انما اقامها وهو ابدا ينوي انه لا يقيم اربعة
ايام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذي حدوه والاشبه بالمجتهد في هذا ان يسلك
احد امرين اما ان يجعل ذلك حدا من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب ان لا يزاد على
هذا الزمان الا بدليل او يقول ان الاصل في هذا هو اقل الزمان الذي وقع عليه الاجماع
وما ورد من انه عليه السلام اقام مقصرا اكثر من ذلك الزمان فيحتمل ان يكون
اقامته لانه جائز للمسافر ويحتمل ان يكون انما اقام بنية الزمان الذي تجوز اقامته
فيه مقصرا ثم عاقه عائق فاقام اكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب
التمسك بالاصل واقل ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن ابي عبد الرحمن
وروي عن الحسن ان المسافر يقصر ابدا الا ان يقدم مصرا من الامصار وهذا بناء على

الجمع

ان اسم

ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصرا من الامصار فهذه هي امهات المسائل
التي تتعلق بالقصر واما الجمع فالثلاثة في مبيحات الجمع اما جوازه فانهم اجمعوا على
ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة
ايضا في وقت العشاء سنة ايضا واختلفوا في الجمع في غير هذين المكانين فاجازه
الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من المواضع التي لا يجوز ومنعه
ابو حنيفة واصحابه باطلاق وسبب اختلافهم اختلافهم في تاويل الاثار
التي رويت في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست
اقوالا والافعال يتطرق اليها الاحتمال اكثر من تطرقه الى اللفظ وثانيا
اختلافهم في تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم ايضا في اجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة
اسباب كما ترى اما الاثار التي اختلفوا في تاويلها فمنها حديث انس
الثابت باتفاق خرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا ارتحل قبل ان تزيغ الشمس اخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان زاغت
الشمس قبل ان يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر خرجه
الشيخان ايضا قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به
السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء والحديث
الثالث ابن عباس خرجه مالك ومسلم قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
الظهر والعصر جميعا والمغرب والعشاء جميعا في غير خوف ولا سفر فذهب
القائلون بجواز الجمع في تاويل هذه الاحاديث الى انه اخر الظهر الى وقت
العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما

اوقع صلاة الظهر في اخر وقتها وصلاة العصر في اول وقتها على ما جاء في حديث
امامة جبريل قالوا وعلى هذا يجب حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع
انه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر اعني ان تصلى الصلاتان معا في وقت احداهما و
احتجوا لتاويلهم ايضا بحديث ابن مسعود قال والذي لا اله غيره ما صلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر و
العصر يوم عرفة وبين المغرب والعشاء بجمع بالمزدلفة قالوا وايضا فهذه
الاثار محتملة ان تكون على ما تاولنا ولنا نحن او تاولتموه انتم وقد صح توقيت
الصلاة وتبيانها في هذه الاوقات فلا يجوز ان ينتقل عن اصل ثابت بامر محتمل واما
الامر الذي اختلفوا في تصحيحه فما رواه مالك من حديث معاذ بن جبل
انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فاخر
الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب و
العشاء جميعا فهذا الحديث لو صح لكان اظهر من تلك الاحاديث في اجازة
الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم ان يقولوا
انه اخر المغرب الى اخر وقتها وصلى العشاء في اول وقتها لانه ليس في الحديث
امر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوي محتمل واما اختلافهم في اجازة
القياس في ذلك فهو ان يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة
اعني ان يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت في سفر فجاز
ان يجمع اصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله

اعني

اعني جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي اسباب الخلاف
الواقع في جواز الجمع واما صورة الجمع فاختلف فيه ايضا القائلون بالجمع اعني في
السفر فمنهم من راى الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا
معا في اول الاولى جاز وهي احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين
اعني ان تقدم الاخرة الى اول وقت الاول ويعكس الامر وهو مذهب الشافعي وهي
رواية اهل المدينة عن مالك والاول رواية ابن القاسم وانما كان الاختيار عند
مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث انس ومن سوى بينهما فمصيرا
الى انه لا يرجح بالعدالة اعني انه لا تفضل عدالة عدالة في وجوب العمل بها ومعنى
هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث انس اذ كان كل
رواة الحديثين عدول وان كان رواة احد الحديثين اعدل واما الاسباب
المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها واختلفوا
في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله
سببا مبيحا للجمع اي سفر كان وباي صفة كان ومنهم من اشترط فيه
ضربا من السير من انواع السفر فاما الذي اشترط فيه ضربا من السير فهو
مالك في رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجد به السير
ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعي وهي احدى الروايات عن مالك
ومن ذهب هذا المذهب فانه راعى قول ابن عمر كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما
راعى حديث انس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا في نوع السفر

اوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة العصر في اول وقتها على ما جاء في حديث
امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع
انه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر اعني ان تصلى الصلاتان معا في وقت احداهما و
احتجوا لتاويلهم ايضا بحديث ابن مسعود قال والذي لا اله غيره ما صلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر و
العصر يوم عرفة وبين المغرب والعشاء بجمع بالمزدلفة قالوا ايضا فهذه
الآثار محتملة ان تكون على ما تاولنا نحن او تاولتموه انتم وقد صح توقيت
الصلاة وتبيانها في الاوقات فلا يجوز ان ينتقل عن اصل ثابت بامر محتمل واما
الاثر الذي اختلفوا في تصحيحه فما رواه مالك من حديث معاذ بن جبل
انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فاخر
الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب و
العشاء جميعا وهذا الحديث لو صح لكان اظهر من تلك الاحاديث في اجازة
الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم ان يقولوا
انه اخر المغرب الى آخر وقتها وصلى العشاء في اول وقتها لانه ليس في الحديث
امر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوي محتمل واما اختلافهم في اجازة
القياس في ذلك فهو ان يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة
اعني ان يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت في سفر فجاز
ان تجمع اصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله

اعني

اعني جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي اسباب الخلاف
الواقع في جواز الجمع واما صورة الجمع فاختلف فيه ايضا القائلون بالجمع اعني في
السفر فمنهم من رأى ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا
معا في اول الاولى جاز وهي احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين
اعني ان تقدم الآخرة الى اول وقت الاولى او بعكس الامر وهو مذهب الشافعي وهي
رواية اهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم وانما كان الاختيار عند
مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث انس ومن سوى بينهما فمصيرا
الى انه لا يرجح بالعدالة اعني انه لا تفضل عدالة عدالة في وجوب العمل بها ومعنى
هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث انس اذا كان كل
رواة الحديثين عدول وان كان رواة احد الحديثين اعدل واما الاسباب
المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها واختلفوا
في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله
سببا مبيحا للجمع اي سفر كان وباي صفة كان ومنهم من اشترط فيه
ضربا من السير من انواع السفر فاما الذي اشترط فيه ضربا من السير فهو
مالك في رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجد به السير
ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعي وهي احدى الروايات عن مالك
ومن ذهب هذا المذهب فانه راعى قول ابن عمر كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما
راعى حديث انس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا في نوع السفر

الذي يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية
ابن القاسم ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعي و
وهو ظاهر رواية المدنيين عن مالك والسبب في اختلافهم في هذا هو السبب في
اختلافهم في السفر الذي تقصر فيه وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولا
وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذي جمع
فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه في غيره ومن فهم منه الرخصة
للمسافر عداه الى غيره من الاسفار واما الجمع في الحضر لغير عذر فان مالكا
واكثر الفقهاء لا يجيزونه واجاز ذلك جماعة من اهل الظاهر واشهب
من اصحاب مالك وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابن عباس
فمنهم من تاوله على انه كان في مطر كما قال مالك ومنهم من اخذ بعمومه
مطلقا وقد خرج مسلم زيادة في حديثه وهو قوله في غير خوف ولا سفر ولا
مطر وبهذا تمسك اهل الظاهر واما الجمع في الحضر لعذر المطر فاجازه
الشافعي ليلا كان او نهارا ومنعه مالك في النهار واجازه في الليل واجازه
مالك في الطين دون المطر في الليل وقد عذل الشافعي مالكا في تفريقه بين
صلاة النهار في ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتاوله اعني خصص عمومه
من جهة القياس وذلك انه قال في قول ابن عباس جمع رسول الله صلى الله
عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء في غير خوف ولا سفر
ارى ذلك كان في مطر قال فلم ياخذ بعموم الحديث ولا بتاويله اعني
تخصيصه بل رد بعضه وتاول بعضه وذلك شيء لا يجوز باجماع وذلك

انه

انه لم ياخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر واخذ بقوله والمغرب والعشاء
وتاوله واحسب ان مالكا انما رد بعض هذا الحديث لانه عارضه العمل فاخذ
بالبعض الذي لم يعارضه العمل وهو الجمع في الحضر بين المغرب والعشاء على
ما روي ان عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع بينهما لكن النظر
في هذا الاصل الذي هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر فان متقدمي
شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لا وجه له فان اجماع
البعض لا يحتج به وكان متاخروهم يقولون انه من باب نقل التواتر ويحتجون
في ذلك بالصاع وغيره مما نقله اهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما
هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الا ان يقترن به القول فان التواتر طريقه
الخبر لا العمل وان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممتنع
والاشبه عندي ان يكون من باب عموم البلوى الذي يذهب اليه ابو حنيفة
وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنين مع تكررها وتكرر وقوع اسبابها
غير منسوخة ويذهب العمل بها على اهل المدينة الذين تلقوا العمل
بالسنن خلفا عن سلف وهذا اقوى من عموم البلوى الذي يذهب اليه
ابو حنيفة لان اهل المدينة احرى ان لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس
الذين يعتبر عمومهم ابو حنيفة في طريق النقل وبالجملة العمل لا يشك انه قرينة
اذا اقترنت بالشيء المنقول ان وافقته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت
به ضعف ظن فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها اخبار الاحاد الثابتة
ففيه نظر وعسى انها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الاشياء في شدة عموم

البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها اشد وهي كثيرة التكرار
على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير ان تنتشر قولا او عملا
فيه ضعف وذلك انه يوجب احد الامرين اما ان تنسخ واما ان النقل فيه اختلال
وقرينة ذلك المتكلمون كأبي المعالي وغيره واما للمريض فان مالكا اباح له
اذا خاف ان يغمى عليه او كان به بطن ومنع ذلك الشافعي والسبب في اختلافهم
هو اختلافهم في تعدي علة الجمع في السفر اعني المشقة فمن طرد العلة رأى ان هذا
من باب الاولى والاحرى وذلك ان المشقة على المريض في افراد الصلوات اشد
منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة اي خاصة
بذلك الحكم لم يجز ذلك الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول في صلاة
الخوف اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم
وفي صفتها فاكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى واذا ضربتم
في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ولما ثبت من فعله عليه
السلام وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك وشذ ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة
فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما
تصلى بعده بامامين يصلي واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلي الآخر بطائفة
اخرى وهي الحارسة ركعتين ايضا وتحرس الاولى التي قد صلت والسبب في
اختلافهم هل صلاة النبي صلى الله عليه وسلم باصحابه صلاة الخوف هي عبادة
لم يرها خاصة بالنبي عليه السلام ومن رأى انها لمكان فضل النبي عليه السلام
رأى انها خاصة بالنبي عليه السلام والا فقد كان يمكن ان ينقسم الناس على امامين وانما كان

ضرورة

ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه السلام وتأيد عنده
هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت
لهم الصلاة الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد
ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت
الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك
الفعل يوم الخندق كان قبل نزول آية صلاة الخوف وانه منسوخ بها واما
صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيرا لاختلاف الآثار في
هذا الباب اعني المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور
من ذلك سبع صفات فمن ذلك ما خرج مسلم ومالك يوم ذات الرقاع صلاة
الخوف ان طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتي معه ركعة
ثم ثبت قائما واتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة
الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالسا واتموا لانفسهم
ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي وروى مالك هذا الحديث بعينه عن
القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا مثل حديث يزيد بن رومان الا انه لما
قضى الركعة بالطائفة الثانية ولم ينتظرهم حتى يفرغوا واختار مالك
هذه الصفة فالشافعي آثر المسند على الموقوف ومالك آثر الموقوف
لانه اشبه بالاصول اعني ان لا يجلس الامام حتى تفرغ الثانية من صلاتها
لان الامام متبوع وغير مختلف عليه والصفة الثالثة ما ورد في حديث
ابي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن ابيه رواه الثوري وجماعة وخرجه ابو داود

قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا
العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء
العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا
لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا بهذه الصفة قال ابو حنيفة واصحابه ما خلا
ابا يوسف على ما تقدم والصفة الرابعة الواردة في حديث ابي عياش الزرقي
قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد
بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم
وهم في الصلاة فنزلت آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام
رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى
خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه
صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم
وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الآخرون يحرسونهم
فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفهم ثم تأخر
الصف الذي يليه الى مقام الآخرين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف
الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد
وسجد الصف الذي يليه وقام الآخرون يحرسونهم فلما جلس صلى الله
عليه وسلم وسجد الصف الذي يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعا فسلم
بهم جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بني سليم قال
ابو داود وروى هذا عن جابر وابن عباس وعن مجاهد وعن ابي موسى وعن

هشام

هشام بن عروة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو
احوطها في انه ليس في هذه الصفة كثير عمل مخالف لافعال الصلاة المعهودة وقال
بهذه الصفة جماعة من المالكية واصحاب الشافعي وخرج مسلم عن جابر وقال جابر
كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة
قال ثعلبة بن زهدم كنا مع سعيد بن العاص بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف فقال حذيفة انا فصلى بهؤلاء ركعة
وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئا وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة وخرج ايضا
عن ابن عباس في معناه انه قال الصلاة على لسان نبيكم في الحضر اربع وفي السفر
ركعتان وفي الخوف ركعة واجاز هذه الصفة الثوري والصفة السادسة
الواردة في حديث ابي بكرة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى بكل
طائفة من الطائفتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على
الاختلاف نية الامام والمأموم لكونه متما وهم مقصورون خرجه مسلم والصفة
السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا سئل عن
صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون
طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا
مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة
ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين فيقوم كل واحد من الطائفتين فيصلون
لانفسهم ركعة بعد ان ينصرف الامام فيكون كل واحد من الطائفتين قد صلوا

ركعتين وإن كان خوف أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلي
القبلة أو غير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجماعة
قال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا أنه ورد بنقل الأئمة أهل المدينة
وهم أهل الحجة في النقل على من خالفهم وهو أيضا مع هذا أشبه بالأصول
لأن الطائفة الأولى والثانية لم يقضوا الركعة إلا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه
وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها في سائر
الصلوات وأكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث من أنه إذا اشتد الخوف
جاز أن يصلوا مستقبلي القبلة أو غير مستقبليها وإيماء من غير ركوع ولا سجود
وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصلي الخائف إلا إلى القبلة ولا يصلي أحد
في حال المسايفة وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للأصول وقد
روى قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وأن للمكلف أن يصلي بأيتها أحب

الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض وأجمع العلماء
على أن المريض مخاطب بأداء الصلاة وأنه يسقط عنه فرض القيام إذا لم يستطعه
ويصلي جالسا وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود إذا لم يستطعهما أو أحدهما
ويومئ مكانهما واختلفوا فيمن له أن يصلي جالسا وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي
لا يقدر على الجلوس ولا على القيام فأما من له أن يصلي جالسا فقوم قالوا
هو الذي لا يستطيع القيام أصلا وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض
وهو مذهب مالك وسبب اختلافهم هل هو يسقط فرض القيام مع المشقة

أو مع عدم القدرة وليس في ذلك نص وأما صفة الجلوس فإن قوما قالوا يجلس متربعا
أعني الجلوس الذي هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متربعا وذهب
إلى التربع ليفرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلأنه ليس من جلوس
الصلاة وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فإن قوما قالوا
يصلي مضطجعا وقوم قالوا يصلي كيفما تيسر له وقوم قالوا يصلي مستلقيا ورجلاه
إلى الكعبة وقوم قالوا إن لم يستطع الجلوس صلى على جنب فإن لم يستطع على
جنب صلى مستلقيا ورجلاه إلى القبلة على قدر طاقته وهو الذي اختاره ابن المنذر

الجملة الرابعة وهذه الجملة تشتمل من أفعال الصلاة على التي ليست أداء
وهذه هي إما إعادة وإما قضاء وإما جبر لما نقص أو زاد بالسجود
فتجيء هذه الجملة إذا ثلاثة أبواب الباب الأول في الإعادة الباب الثاني
في القضاء الباب الثالث في الجبران الذي يكون بالسجود

الباب الأول وهذا
الباب الكلام فيه في الأسباب التي تقتضي الإعادة وهي مفسدات الصلاة
واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة أنه تجب عليه الإعادة عامدا كان أو ناسيا
وكذلك من صلى لغير القبلة عامدا كان أو ناسيا وبالجملة فكل من أخل بشرط
من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الإعادة وإنما يختلفون من أجل اختلافهم
في الشروط المصححة وهاهنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر
من فروض الصلاة اختلفوا فيها منها أنهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة
واختلفوا هل تقتضي الإعادة من أولها إذا كان قد ذهب منها ركعة أو ركعتان

في الحدث او يبني على ما قد مضى من الصلاة فذهب الجمهور الى انه لا يبني لا في الحدث
ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا في الرعاف فقط ومنهم من رأى انه لا يبني في
الاحداث كلها وسبب اختلافهم انه لم يرد في جواز ذلك اثر عن النبي صلى الله
عليه وسلم وانما صح عن ابن عمر انه رعف في الصلاة فبنى ولم يتوضأ فمن رأى ان هذا
الفعل من الصحابي يجري مجرى التوقيف اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا
بقياس اجاز هذا الفعل فمن كان عنده من هؤلاء ان الرعاف ليس بحدث اجاز
البناء في الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده
انه حدث اجاز البناء في سائر الاحداث قياسا على الرعاف ومن رأى ان مثل هذا
لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم اذ قد انعقد الاجماع
ان المصلي اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك اذا فعل فيها
فعلا كثيرا لم يبن اذا رعف المسئلة الثانية اختلف العلماء هل يقطع
الصلاة مرور شيء بين يدي المصلي اذا صلى لغير سترة او مر بينه وبين السترة
فذهب الجمهور الى انه لا يقطع ذلك شيء وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة
الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وسبب هذا الخلاف
تعارض القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن ابي ذر انه عليه السلام قال يقطع
الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخاري عن عائشة انها
قالت لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض
الجنازة وهو يصلي وروي مثل قول الجمهور عن علي وعن ابي ولا خلاف بينهم

في كراهية

في كراهية المرور بين يدي المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة او مر بينه وبين
السترة ولم يروا بأسا ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأسا ان يمر بين
يدي المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال اقبلت راكبا على اتان
وانا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي للناس
فمررت بين يدي بعض الصفوف فنزلت وارسلت الاتان ترتع ودخلت في الصف
فلم ينكر ذلك علي احد وهذا عندهم يجري مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق
الجمهور على كراهية المرور بين يدي المصلي لما جاء من الوعيد في ذلك ولقوله عليه
السلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان المسئلة الثالثة اختلفوا في النفخ
في الصلاة على ثلاثة مذاهب فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم
اوجبوا الاعادة على من نفخ وقوم فرقوا بين ان يسمع او بين ان لا يسمع وسبب
اختلافهم تردد النفخ بين ان يكون كلاما او لا يكون كلاما المسئلة الرابعة اتفقوا
على ان الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم وسبب اختلافهم تردده
بين ان يلحق بالضحك او لا يلحق المسئلة الخامسة اختلفوا في صلاة الحاقن
فاكثر العلماء يكرهون ان يصلي الرجل وهو حاقن لما روي من حديث زيد بن ارقم
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا اراد احدكم الغائط
فليبدأ به قبل الصلاة ولما روي عن عائشة عن النبي عليه السلام انه لا يصلي
احدكم بحضرة الطعام ولا هو يدافعه الاخبثان يعني الغائط والبول ولما روي
من النهي عن ذلك عن عمر ايضا وذهب قوم الى ان صلاته فاسدة وانه يعيد وروي

ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك أنه روي عنه أنه أمره
بالإعادة في الوقت وبعد الوقت والسبب في ذلك اختلافهم في النهي هل يدل
على فساد المنهي عنه أو ليس يدل على فساده وإنما يدل على تأثيم من فعله
فعله فقط إذا كان أصل الفعل الذي تعلق النهي به واجبا أو جائزا وقد تمسك
القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون منهم من يجعله عن ثوبان ومنهم
من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لمؤمن أن يصلي عليه السلام
وهو حاقن جدا قال أبو عمر بن عبد البر وهو حديث ضعيف السند لا حجة فيه
المسألة السادسة اختلفوا في رد سلام المصلي على من سلم عليه فرخصت
فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن البصري وقتادة ومنع ذلك
قوم بالقول وأجازوا الإشارة أعني الرد بالإشارة وهو مذهب النعمان وأجاز
قوم الرد في نفسه وقوم قالوا يرد إذا فرغ من الصلاة والسبب في اختلافهم هل
رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهي عنه أو لا فمن رأى أنه من نوع الكلام
المنهي عنه وخصص الأمر به في قوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها
الآية بأحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى أنه ليس
داخلا في الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى أنه ليس داخلا في الكلام
المنهي عنه أو خصص أحاديث النهي بالأمر برد السلام أجازه في الصلاة قال
أبو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فإنه قد أخبر
صهيب أن النبي عليه السلام رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة بإشارة

الباب

الباب الثاني في القضاء والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة أنواع
القضاء وفي شروطه فأما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على أنه يجب على
الناسي والنائم واختلفوا في العامد والمغمى عليه وإنما اتفق المسلمون على
وجوب القضاء على الناسي والنائم لثبوت قوله عليه السلام وفعله وأعني بقوله
ما روي عنه عليه السلام أنه قال إذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها
إذا ذكرها وما روي أنه نام عن الصلاة حتى خرج الوقت فقضاها وأما تاركها
عمدا حتى يخرج الوقت فإن الجمهور على أنه آثم وأن القضاء عليه واجب وذهب
بعض أهل الظاهر إلى أنه لا يقضي وأنه آثم وأحد من ذهب إلى ذلك أبو محمد
بن حزم وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين أحدهما في جواز القياس في
الشرع والثاني قياس العامد على الناسي إذا سلم جواز القياس فمن رأى أنه إذا
وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالمتعمد أحرى
أن يجب عليه لأنه غير معذور أوجب عليه القضاء ومن رأى أن الناسي و
العامد ضدان والأضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ أحكامها مختلفة وإنما
تقاس الأشياء بعضها على بعض إذا تناسبت ولذلك لم يجز قياس العامد على
الناسي والحق في هذا أنه إذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس
سائغا وأما إن جعل من باب الرفق بالناسي والعذر له وأن لا يفوته ذلك الخير
فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لأن الناسي معذور والعامد
غير معذور والأصل أن القضاء لا يجب بأمر الأداء وإنما يجب بأمر متجدد على
ما قال المتكلمون لأن القاضي قد فاته أحد شرطي التمكن من وقوع الفعل على
على صحته وهو الوقت إذ كان شرطا من شروط الصحة والتأخير عن الوقت

في قياس التغويم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسي والنائم وتردد العامد بين ان يكون
شبيها او غير شبيه والله الموفق للحق واما المغمى عليه فان قوما اسقطوا عنه
القضاء فيما ذهب وقته وقوم اوجبوا عليه القضاء ومن هؤلاء من اشترط القضاء
في عدد معلوم وقال يقضي في الخمس فما دونها والسبب في اختلافهم تردده بين
النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم اوجب عليه القضاء ومن شبهه بالمجنون اسقط
عنه الوجوب واما القضاء فان القضاء نوعان قضاء لجملة الصلاة وقضاء لبعضها
اما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه ووقته فاما صفة القضاء
فهي بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان على صفة واحدة من الفريضة واما ان كان
في احوال مختلفة مثل ان يذكر صلاة حضرية في سفر او صلاة سفرية في حضر
فاختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال فقوم قالوا انما يقضي مثل الذي عليه ولم يراعوا
الوقت الحاضر وهو مذهب مالك واصحابه وقوم قالوا انما يقضي ابدا اربعا
سفرية كانت المنسية او حضرية فعلى راي هؤلاء ان ذكر في السفر حضرية صلاها
حضرية واذا ذكر في الحضر سفرية وهو مذهب الشافعي وقال قوم انما يقضي
ابدا فرض الحال التي هو فيها فيقضي الحضرية في السفر سفرية والسفرية في الحضر
حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياسا على
المريض يتذكر صلاة نسيها في الصحة والصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض اعني
ان فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون اوجب للمـ
للمقضية صفة المنسية واما من اوجب ان يقضي ابدا حضرية فراعى الصفة في احديهما
والحال في الاخرى اعني انه اذا ذكر الحضرية في السفر راعى صفة المقضية واذا ذكر
السفرية في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الا ان يذهب
مذهب

مذهب الاحتياط وذلك يشبه فيمن يرى القصر رخصة واما الترتيب فان العلماء اختلفوا
فيه فهو الترتيب وذلك انهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات
اعني وجوب ترتيب المنسيات مع صلاة الحاضرة الوقت او ترتيب المنسيات
بعضها مع بعض اذا كانت اكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى ان الترتيب
واجب فيها في الخمس صلوات فدونها وانه يبدا بالمنسية وان فات وقت الحاضرة
حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت عليه ومثل ذلك قال ابو حنيفة
والثوري الا انهم راوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة واتفق
هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعي لا يجب الترتيب
وان فعل ذلك اذا كان الوقت متسعا فحسن يعني في وقت الحاضرة والسبب
في اختلافهم اختلاف الاثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه القضاء بالاداء
فاما الاثار فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان احدهما ما روي عنه عليه
السلام انه قال من نسي صلاة فلم يذكر وهو مع الامام في اخرى فليصل مع
الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم ليعد الصلاة التي صلى
مع الامام واصحاب الشافعي يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس
ان النبي عليه السلام قال اذا نسي احدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة
فليتم التي هو فيها فاذا فرغ منها فهي التي نسي والحديث الصحيح
في هذا الباب هو ما ثبت من قوله صلى الله عليه وسلم اذا نام احدكم الحديث
واما اختلافهم من جهة تشبيه القضاء بالاداء فان من رأى ان الترتيب في
الاداء انما لزم من اجل ان اوقاتها المختصة بكل صلاة منها مرتبة في نفسها

إذ كان الزمان لا يفعل الأمر تبعا له يلحق بالقضاء لأنه ليس للقضاء وقت مخصوص
ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤقتات هو للفعل وإن كان الزمان
واحدا مثل الجمع بين الصلاتين في وقت أحدهما شبه القضاء بالأداء
وفروق المالكية أن توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لا من جهة
الفعل لقوله عليه السلام فليصلها إذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو
وقت الذكر ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت
وهذا لا معنى له لأنه إن كان وقت الذكر وقتا للمنسية فهو بعينه أيضا
وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات إن كانت أكثر من صلاة واحدة وإذا كان
الوقت واحدا فلم يبق أن يكون الفساد الواقع فيها إلا من قبل الترتيب بينهما
كالترتيب الذي يوجد في أجزاء الصلاة الواحدة فإنه ليس إحدى الصلاتين
أحق بالوقت من صاحبتها إذا كان وقتا لكليهما إلا أن يقوم دليل الترتيب
وليس هاهنا شيء يمكن أن يجعل أصلا في هذا الباب لترتيب المنسيات
إلا الجمع عند من سلمه فإن الصلوات المؤقتات أوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء
إنما يتصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معا فافهم هذا فإن فيه غموضا
وأظن مالكا رحمه الله إنما قاس ذلك على الجمع وإنما صار الجمع إلى استحسان
الترتيب في المنسيات إذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة
والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبا وقد احتج بهذا من أوجب القضاء
على العامد ولا معنى لهذا لأن هذا منسوخ وأيضا فإنه كان تركا لعذر وأما
التحديد بالخمس فشاذ ونادر فليس له وجه إلا أن يقال إنه إجماع فهذا هو حكم

القضاء

القضاء الذي يكون بسبب النسيان ومنه ما يكون بسبب سبق الإمام للمأموم أعني أن
يفوت المأموم بعض صلاة الإمام فأما إذا فات المأموم بعض الصلاة فإن فيه
مسائل ثلاث قواعد أحدها متى تفوته الركعة والثانية هل إتيانه بما فاته بعد
سلام الإمام أداء أو قضاء والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الإمام ومتى لا يلزمه
ذلك أما متى تفوته الركعة فإن في ذلك مسألتين أحدهما إذا دخل والإمام
قد أهوى إلى الركوع والثانية إذا كان مع الإمام في الصلاة فسها أن يتبعه
في الركوع أو منعه من ذلك زحام أما المسألة الأولى فإن فيها ثلاثة أقوال أحدها
وهو الذي عليه الجمهور أنه إذا أدرك الإمام ولم يرفع رأسه من الركوع وركع
معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط
هذا الداخل أن يكبر تكبيرتين تكبيرة الإحرام وتكبيرة الركوع أو تجزيه
تكبيرة الركوع وإن كانت تجزيه فهل من شرطها أن ينوي بها تكبيرة الإحرام
أو ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تكفيه إذا نوى بها
تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان
وقال قوم لا بد من تكبيرتين وقال قوم تجزيه واحدة وإن لم ينو بها تكبيرة
الافتتاح والقول الثاني أنه إذا ركع الإمام فقد فاتته الركعة ما لم يدركه
قائما وهو منسوب إلى أبي هريرة والقول الثالث أنه إذا انتهى إلى الصف
الآخر وقد رفع الإمام رأسه ولم يرفع بعضهم فأدرك ذلك أنه يجزيه لأن بعضهم
أئمة لبعض وبه قال الشعبي وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة

بين أن يدل على الفعل نفسه الذي هو الانحناء أو على الوقوف والانحناء معا وذلك
أنه قال عليه الصلاة والسلام من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن
المنذر وقد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق
عنده على القيام والانحناء معا قال إذا فاته قيام الإمام فقد فاتته الركعة ومن كان
اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل إدراك الانحناء إدراكا للركعة
والاشتراك الذي عرض لهذا الاسم إنما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوي والمعنى
الشرعي وذلك أن اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعا على
القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه الصلاة
والسلام على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الأخذ ببعض ما تدل عليه
الأسماء قال لا بد أن يدرك مع الإمام الثلاثة الأحوال أعني القيام والانحناء
والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب إلى اعتبار بعض ما تدل عليه
الأسماء فقد أن يكون اعتبر أكثر ما يدل عليه الاسم لأن ها هنا الآن من أدرك
الانحناء أدرك جزئين منها ومن فاته الانحناء أدرك جزءا واحدا منها فعلى
هذا يكون الخلاف آيلا إلى اختلافهم في الأخذ ببعض دلالة الأسماء أو بكلها فالخلاف
ينتصور فيها من الوجهين جميعا وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين
فلأن الركعة من الصلاة قد تضاف إلى الإمام فقط وقد تضاف إلى الإمام والمأمومين
فسبب الخلاف هو الاحتمال في هذه الإضافة أعني قوله عليه الصلاة والسلام
ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر وأما اختلافهم هل تجزيه تكبيرة

واحدة

واحدة أو تكبيرتان أعني المأموم إذا دخل في الصلاة والإمام راكع فسببه هل من شرط
تكبيرة الإحرام أن يؤتى بها واقفا أم لا فمن رأى أن من شرطها الموضع الذي تفعل
فيه تعلقا بالفعل أعني بفعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله
فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى أنه ليس من شرطها الموضع تعلقا بعموم
قوله عليه الصلاة والسلام وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الإحرام فقط
هي الفرض قال يجزيه أن يأتي بها وحدها وأما من أجاز أن يأتي بتكبيرة واحدة
وأن لا ينوي بها تكبيرة الإحرام فمن قيل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الإحرام
ليست بفرض وقيل بل إنما يبنى على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن
تكبيرة الإحرام لأنه ليس معنى أن ينوي تكبيرة الإحرام إلا مقارنة النية للدخول
في الصلاة لأن تكبيرة الإحرام لها وصفان النية المقارنة والأولية أعني وقوعها
في أول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لا بد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة
الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وإن لم تقارنها النية وأما المسألة الثانية
وهي إذا سهى عن اتباع الإمام في الركوع حتى سجد الإمام فقوم قالوا إذا فاته
إدراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد
بالركعة إذا أمكنه أن يتم الركوع قبل أن يقوم الإمام إلى الركعة الثانية وقوم
قالوا يتبعه ويعتد بالركعة ما لم يرفع الإمام رأسه من الانحناء في الركعة
الثانية وهذا الاختلاف موجود لأصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم
بين أن يكون عن نسيان أو أن يكون عن زحام وبين أن يكون في جمعة أو في غير جمعة
وبين اعتبار أن يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الأولى أو في الركعة الثانية

وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها
فنقول ان سبب الاختلاف في هذه المسألة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن
فعل الامام او ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة
الثلاثة اعني القيام والانحناء والسجود ام انما هو شرط في بعضها ومتى
يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافا عليه اعني ان يفعل هو فعلا والامام
فعلا ثانيا فمن رأى انه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة اعني ان يقارن
المأموم والا كان ذلك اختلافا عليه وقد قال عليه السلام فلا تختلفوا عليه
قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزءا يسيرا لم يعتد بالركعة ومن اعتبره في بعضها
قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية
وليس ذلك اختلافا عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فلا يتبعه وقد اختلف عليه
في الركعة الاولى واما من قال انه يتبعه ما لم يخف في الركعة الثانية فانه رأى انه
ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما
من شرطه ان يكون بعده فقط واتفقوا على انه اذا قام من الانحناء في الركعة
الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى والامام
في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه واما المسئلة الثانية من المسائل [غاية]
الثلاث الاول التي هي اصول هذا الباب وهي هل اتيان المأموم بما فاته من
الصلاة مع الامام اداء او قضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا ان ما يأتي
به بعد سلام الامام هو قضاء وان ما ادرك ليس هو اول صلاته وقوم قالوا ان الذي
بعد سلام الامام هو اداء وان ما ادرك هو اول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال

والافعال

والافعال فقالوا يقضي في الاقوال يعنون بالقراءة ويبني في الافعال يعنون الاداء فمن ادرك
ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول اعني مذهب القضاء قام اذا سلم الامام
الى الركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى
المذهب الثاني اعني على البناء قام الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط وعلى
المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم
يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها ايضا بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقاويل
الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضي في الاقوال ويبني في الافعال
لانه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا ادرك منها ركعة انه يقوم الى الركعة الثانية ثم
يجلس ولا اختلف قوله في انه يقضي بام القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه
ورد في بعض روايات الحديث المشهور فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا والاتمام
يقتضي ان يكون ما ادرك هو اول صلاته وفي بعض رواياته فما ادركتم فصلوا وما
فاتكم فاقضوا والقضاء يوجب ان ما ادرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب
الاتمام قال ما ادرك هو اول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما ادرك
هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع في الاقوال والاداء في الافعال وهو ضعيف
اعني ان يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب
في اجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة والسلام
تحليلها وفيهما دليل على ان ما ادرك هو اول صلاته لكن تختلف نية
المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا ويشبه ان يكون هذا هو احد ما راعاه

من قال ما ادرك فهو اخر صلاته واما المسالة الثالثة من المسايل الاول وهي متى
يلزم الماموم حكم صلاة الامام في الاتباع فان فيه مسايل احداها متى تكون
مدركا الصلاة الجمعة والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو اعني
سهو الامام والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء الامام بتمام الاتمام اذا ادرك
ادرك من صلاة الامام بعضها فاما المسالة الاولى فان قوما قالوا اذا ادرك
ركعة من الجمعة فقد ادرك الجمعة ويقضي ركعة ثانية وهو مذهب مالك
والشافعي وان ادرك اقل صلى ظهرا اربعا وقوم قالوا بل يقضي ركعتين ادرك
منها ما ادرك وهو مذهب ابي حنيفة وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من
التعارض بين عموم قوله عليه الصلاة والسلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم
فاتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك
الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه الصلاة والسلام وما فاتكم فاتموا
اوجب ان يقضي ركعتين وان ادرك منها اقل من ركعة ومن كان المفهوم
عنده في قوله عليه الصلاة والسلام فقد ادرك الصلاة اي فقد ادرك حكم الصلاة
قال دليل الخطاب يقتضي ان من ادرك اقل من ركعة فلم يدرك الصلاة والمفهوم
من هذا القول محتمل فانه يمكن ان يراد به فضل الصلاة ويمكن ان يراد به
وقت الصلاة ويمكن ان يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز في احدهما
اظهر منه في الثاني فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذي لا يقتضي
حكما وكان الاخذ بالعموم اولى وان سلمنا انه اظهر في احد هذه المحذوفات وهو

مثلا

112

مثلا الحكم قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا للعموم الا من باب دليل الخطاب
والعموم اقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبني على المحتمل او الظاهر
واما من يرى ان قوله عليه الصلاة والسلام فقد ادرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه
المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الا ان يتقرر ان هنالك اصطلاحا فيه
او شرعيا واما المسالة الثانية اتباع الماموم للامام في السجود اعني في سجود السهو فان
قوما اعتبروا في ذلك الركعة اعني ان يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا ذلك
فمن لم يعتبر ذلك فمصيرا الى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام فقد ادرك الصلاة وكذلك
اختلفوا في المسالة الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا ادرك من صلاة الامام الحاضر
اقل من ركعة لم يتم ومن ادرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذي يكون
لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له واما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون
القضاء الذي يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على ان ما كان
منها ركنا فهو يقضي اعني فريضة وانه ليس يجزئ منه الا الاتيان به وفيه مسايل
اختلفوا فيها بعضهم اوجب فيها القضاء وبعضهم اوجب فيها الاعادة مثل من
نسي اربع سجدات من اربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة
بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم ياتي بها وهو قول مالك وقوم قالوا
تبطل الصلاة باسرها وتلزمه الاعادة وهي احدى الروايتين عن ابن حنبل
وقوم قالوا ياتي باربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال ابو حنيفة
والثوري والاوزاعي وقال قوم يصلح الرابعة ويعيد سجدتين وهو مذهب
الشافعي وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه في الركعات والسجدات
ابطل الصلاة ومن راعاه في السجدات ابطل الركعات ما عدا الاخيرة قياسا

على قضاء ما فات المأموم من صلاة الإمام، ومن لم ير الترتيب أجاز سجوده هاهنا معه
في ركعة واحدة لا سيما إن اعتقد أن الترتيب ليس هو واجبا في الفعل المكرر في ركعة ركعة
أعني السجود، وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود، والسجود مكرر
فزعم أصحاب أبي حنيفة أن السجود لما كان مكررا لم يجب أن يراعى فيه التكرار في الترتيب
ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فيمن نسي قراءة أم القرآن من الركعة الأولى
فقيل لا يعتد بالركعة ويقضيها، وقيل يعيد الصلاة، وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة
وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق بها، وليس قصدنا هاهنا إلا ما يجري مجرى
الأصول.

الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو. والسجود المنقول
في الشريعة في أحد موضعين: إما عند الزيادة أو النقصان اللذين يقعان في أفعال
الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد، وإما عند الشك في أفعال
الصلاة. فأما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر
في خمسة فصول: في معرفة حكم السجود، وفي معرفة مواضعه من الصلاة، وفي معرفة
الجنس من الأفعال والأقوال التي يسجد لها، وفي صفة سجود السهو، وفي معرفة
من يجب عليه ومن يسقط عنه، وبماذا ينبه المأموم الإمام الساهي على سهوه.

الفصل الأول: اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة، فذهب الشافعي
إلى أنه سنة، وذهب أبو حنيفة إلى أنه فرض لكن ليس من شرط صحة الصلاة، وفرق مالك
بين السجود للسهو وبين السجود للسهو في الأقوال، وبين الزيادة والنقصان
فقال: سجود السهو الذي يكون للأفعال الناقصة واجب، وهو عنده من
شروط صحة الصلاة، هذا هو المشهور عنه، وعنه أن سجود السهو للنقصان واجب
وسجود الزيادة مندوب إليه. والسبب في اختلافهم اختلافهم

وحمل

في حمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في ذلك على الوجوب أو على الندب، فأما أبو حنيفة فحمل فعله
عليه الصلاة والسلام في السجود على الوجوب إذ كان هو الأصل عندهم، إذ جاء بيانا للواجب
كما قال عليه الصلاة والسلام: صلوا كما رأيتموني أصلي. وأما الشافعي فحمل أفعاله في ذلك
على الندب وأخرجها عن الأصل بالقياس، وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس
ينوب عن فرض وإنما ينوب عن ندب رأى أن البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب. وأما
مالك فتأكدت عنده الأفعال أكثر من الأقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الأقوال
أعني أن الفروض التي هي أفعال هي أكثر من فروض الأقوال، فكأنه رأى أن الأفعال آكد
من الأقوال وإن كان ليس ينوب سجود السهو إلا عما كان منها ليس بفرض، وتفريقه
أيضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع
بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة، وسجود الزيادة كأنه استغفار لا بدل.

الفصل الثاني: واختلفوا في مواضع سجود السهو على خمسة أقوال، فذهبت الشافعية إلى
أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام، وذهبت الحنفية إلى أن موضعه أبدا
بعد السلام، وفرقت المالكية فقالت إن كان السهو لنقصان كان قبل السلام، وإن
كان لزيادة كان بعد السلام. وقال أحمد بن حنبل: يسجد قبل السلام في المواضع التي
سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام، ويسجد بعد السلام في المواضع
التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام، فما كان من سجود
في غير تلك المواضع سجد له أبدا قبل السلام. وقال أهل الظاهر: لا يسجد للسهو
إلا في المواضع الخمسة التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط، وغير ذلك
إن كان فرضا أتى به، وإن كان ندبا فليس عليه شيء. والسبب في اختلافهم أنه عليه

السلام ثبت عنه أنه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك أنه ثبت من حديث
ابن بحينة أنه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس
فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضا أنه سجد
بعد السلام في حديث ذي اليدين المتقدم إذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا
القياس في سجود السهو أعني الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي سجد فيها عليه
الصلاة والسلام إلى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها
مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح
حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد
الخدري الثابت أنه عليه السلام قال إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى
أثلاثا أم أربعا فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم
فإن كانت الركعة التي صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وإن كانت رابعة
فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود قبل السلام للزيادة لأنها ممكنة
أن تكون خامسة واحتجوا أيضا لذلك بما روي عن ابن شهاب أنه قال كان آخر الأمرين
من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام وأما من رجح حديث
ذي اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بأن
حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة أنه عليه السلام قام من اثنتين
ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل فيعارض به
واحتجوا أيضا لذلك بحديث ابن مسعود الثابت أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام وأما من ذهب مذهب

الجمع

الجمع فإنهم قالوا إن هذه الأحاديث لا تتناقض وذلك أن السجود فيها بعد السلام إنما
هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر
المواضع كما هو في هذه المواضع قالوا وهو أولى من حمل الأحاديث على التعارض وأما
من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد في المواضع التي سجد فيها قبل السلام على
النحو الذي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن ذلك هو حكم تلك المواضع
وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود
قبل السلام فكأنه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه السلام قبل السلام ولم يقس على
المواضع التي سجد فيها عليه السلام بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد فيها
على ما سجد فيها فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها
مغايرة للأحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة أنه
عدا مفهوم بعضها وألحق به المسكوت عنه وذلك ضرب من الترجيح أعني
أنه قاس على السجود الذي قبل السلام ولم يقس على ما بعده وأما من لم يفهم
من هذه الأفعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر
فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من
نظر أهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد
السلام على المواضع التي ورد فيها الأثر ولم يعده وعدى السجود الذي ورد في المواضع
التي قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعني
لأصحاب القياس وليس قصدنا في هذا الكتاب في الأكثر ذكر الخلاف الذي يوجبه القياس
كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشرع إلا في الأقل وذلك إما من
حيث هي مشهورة وأصل لغيرها وإما من حيث هي كثيرة الوقوع والمواضع

الخمسة التي سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها انه قام من اثنتين على ما
في حديث ابن بحينة والثاني انه سلم من اثنتين على ما في حديث ذي اليدين والثالث
انه صلى خمسا على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري والرابع انه سلم من ثلاث
على ما في حديث عمران بن الحصين والخامس السجود من الشك على ما في حديث ابي سعيد
الخدري وسيأتي بعد

الفصل الثالث

واختلفوا لما يجب سجود السهو فقيل يجب
للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للمشهور بعينه وبه قال اهل الظاهر والشافعي واما
الافعال والاقوال التي يسجد لها عند القائلين بسجود السهو لكل نقصان او زيادة وقعت
في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض
ودون الرغائب وان الرغائب لا شيء عندهم فيها اعني اذا سها عنها في الصلاة ما لم تكن اكثر
من رغيبة واحدة واما الفرائض فلا يجزي عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو
عنها مما لا يوجب اعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الاعادة وما يوجب
القضاء اعني على من ترك بعض اركان الصلاة واما سجود السهو للزيادة فانه يقع عند
الزيادة في الفرائض والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وانما يختلفون من
قبل اختلافهم فيما هو منها فرض او ليس بفرض وفيما هو منها سنة او ليست
بسنة او فيما هو منها سنة او رغيبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت
لانه عنده مستحب ويسجد عند الشافعي لانه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا مما
تقدم القول فيه من اختلافهم فيما هو سنة او فريضة او رغيبة وعند مالك واصحابه
سجود السهو للزيادة اليسيرة في الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وينبغي
ان تعلم ان السنة والرغيبة هي عندهم من باب الندب وانما يختلف عندهم بالاقل
والاكثر اعني في تأكيد الامر بها وذلك راجع الى قرائن احوال تلك العبادة ولذلك يكثر

اختلافهم في هذا الجنس كثيرا حتى ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا ترك عمدا ان كانت
فعلا او عملت عمدا ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب اعني في تعلق الاثم بها وهذا موجود
كثيرا لاصحاب مالك وكذلك نجدهم قد اتفقوا ما خلا اهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة
بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر او ركعتي الفجر دائما لكان مفسقا آثما فكأن العبادات
بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ما
هي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما اشبه ذلك من السنن وكذلك
قد يكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكيناه عن اصحاب مالك
من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة اعني السهو عنها ولا يكون فيما احسب عند
هؤلاء سنة بعينها وجنسها واما اهل الظاهر فالسنن عندهم هي السنن بعينها
وجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي الذي سأله عن فرض الاسلام افلح
ان صدق وذلك بعد ان قال والله لا ازيد على هذا ولا انقص منه يعني الشرائع
وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة
الوسطى واختلفوا فيها هل هي فرض او سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام
اذا سبح به اليها او ليس يرجع وان رجع فمتى يرجع فقال الجمهور يرجع ما لم
يستو قائما وقال قوم يرجع ما لم يعقد الركعة الثانية وقال قوم لا يرجع ان فارق
الارض قيد شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته
جائزة وقال قوم تبطل

الفصل الرابع

واما صفة سجود السهو
فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان حكم سجدتي السهو اذا كانتا بعد السلام
ان يتشهد فيهما ويسلم منهما وبه قال ابو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام
واذا كانتا قبل السلام ان يتشهد لهما فقط وان السلام من الصلاة هو سلام

منها وبه قال الشافعي اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقد روي عن مالك انه لا يتشهد
للتي بعد السلام وقد ثبت عن النبي عليه السلام واما التشهد فلا احفظه من وجه ثابت
وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ما ورد من ذلك في حديث ابن مسعود
اعني من انه عليه الصلاة والسلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتي السهو بالسجدتين
الاخيرتين من الصلاة فمن شبههما بهما لم يوجب لهما التشهد وخاصة اذا كانتا في نفس
الصلاة وقال ابو بكر ابن المنذر اختلف العلماء في هذه المسالة على ستة اقوال
فقالت طائفة لا تشهد فيهما ولا تسليم وبه قال انس بن مالك وعطاء والحسن
وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيهما تشهدا وتسليما وقال قوم فيهما تشهد فقط
دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعي وقال قوم فيهما تسليم وليس فيهما
تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء
لم يفعل وروي ذلك عن عطاء والسادس قول احمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام
تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذي حكيناه نحن عن مالك قال ابو بكر
قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيهما اربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهده
فيهما نظر الفصل الخامس واتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام
واختلفوا في الماموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود ام لا فذهب الجمهور الى ان الامام
يحمل عنه السهو وشذ مكحول فالزمه السجود في خاصة نفسه وسبب اختلافهم
اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن الماموم وما لا يحمله واتفقوا على ان
الامام اذا سها ان الماموم يتبعه في سجود السهو وان لم يتبعه في سهوه واختلفوا
متى يسجد الماموم اذا فاته مع الامام بعض الصلاة وهل على الماموم سجود
سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده

قبل السلام او بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشعبي واحمد وابو ثور واصحاب
الراي وقال قوم يقضي ثم يسجد وبه قال ابن سيرين واسحاق وقال قوم اذا سجد
قبل التسليم سجدهما معه وان سجد بعد التسليم سجدهما بعد ان يقضي وبه قال مالك
والليث والاوزاعي وقال قوم يسجدهما مع الامام ثم يسجدهما ثانية بعد القضاء وبه
قال الشافعي وسبب اختلافهم اختلافهم اي اولى وانه ان يتبعه في السجود مصاحبا
له اعني في اخر الصلاة او في اخر صلاته فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه
الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للماموم وهو
موضع السجود اعني في اخر الصلاة او موضعها هو وقت سجود الامام فمن اثر مقارنة
فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ان ذلك شرط في الاتباع اعني ان يكون
فعلهما معا قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها في موضع السجود ومن اثر موضع
السجود قال يؤخرهما الى اخر الصلاة ومن اوجب عليه الامرين اوجب عليه السجود
مرتين في موضعيه واتفقوا على ان السنة لمن سهى في صلاته ان يسبح به وذلك للرجال لما
ثبت عنه عليه السلام انه قال ما لي اراكم اكثرتم من التصفيق من نابه شيء في صلاته
فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء
فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال النساء وقال الشافعي
وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق والسبب في اختلافهم اختلافهم
في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى ان معنى
ذلك ان التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن
ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح
سواء وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تقاس الى انه في ذلك

على الرجل والمرأة لكثير ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل فلذلك يضعف القياس
وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فإن الفقهاء اختلفوا فيمن شك في صلاته
فلم يدر كم صلى واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا على ثلاثة مذاهب فقال قوم
يبني على اليقين وهو الأقل ولا يجزيه التحري ويسجد سجدتي السهو وبه قال
مالك والشافعي وداود وقال أبو حنيفة إن كان أول أمره فسدت صلاته وإن تكرر
ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة
إنه ليس عليه إذا شك لا رجوع إلى يقين ولا تحر وإنما عليه السجود فقط إذا شك
والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار الواردة في هذا الباب وذلك أن في هذا
الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري
والثاني حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا سها أحدكم
في صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفي رواية أخرى عنه فلينظر أحرى ذلك إلى الصواب
ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتي السهو ويتشهد ويسلم والثالث حديث أبي هريرة
خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن أحدكم إذا قام
يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدري كم صلى فإذا وجد ذلك أحدكم
فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضا حديث عبد الله بن جعفر خرجه
أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين
بعدما يسلم فذهب الناس في هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين
ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت إلى المعارض ومنهم من رام تأويل
المعارض وصرفه إلى الذي رجح ومنهم من جمع الأمرين أعني جمع بعضها ورجح
بعضها وتأول غير المرجح إلى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها ورجح

بعضا

بعضا وأسقط حكم البعض فأما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض
مع تأويل الغير مرجح إلى المرجح فمالك بن أنس فإنه حمل حديث أبي سعيد الخدري
على الذي لم يستنكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذي يغلب عليه الشك
ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتأول حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحري
هنالك هو الرجوع إلى اليقين فالتفت على مذهب الأحاديث كلها وأما من ذهب مذهب
الجمع بين بعضها وأسقط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فأبو حنيفة
فإنه قال إن حديث أبي سعيد إنما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث
ابن مسعود على الذي عنده ظن غالب وأسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك أنه قال
ما في حديث أبي سعيد وابن مسعود هو زيادة والزيادة يجب قبولها والأخذ
بها وهذا أيضا كأنه ضرب من الجمع وأما الذي رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين
قالوا إنما عليه السجود فقط وذلك أن هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة وأسقطوا حديث
أبي سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضعف الأقوال قال المؤلف رحمه الله فهذا
ما رأينا أن نثبت في هذا القسم من كتاب الصلاة وهو القول في الصلاة المفروضة
فلنصر بعد إلى القول في القسم الثاني من الصلوات الشرعية وهي الصلوات التي ليست
فروضا عينا. **كتاب الصلاة الثاني** ولما كانت الصلاة التي ليست
مفروضة على الأعيان منها ما هي سنة ومنها ما هي نفل ومنها ما هي فرض
على الكفاية وكانت هذه الأحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف
فيه رأينا أن نفرد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشرة
ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام في رمضان والكسوف

احمد

والاستسقاء والعيدين والصلاة على الميت وسجود القرآن فإنه صلاة ما
ويشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب
أحكام الميت على ما جرت به العادة عند الفقهاء وهو الذي يترجمونه بكتاب الجنائز

الباب الأول القول في الوتر واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها في صفته
ومنها في وقته ومنها في القنوت فيه ومنها في صلاته على الراحلة أما حكمه فقد تقدم القول
فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة وأما صفته فإن مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث
يفصل بينها بسلام وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الأقوال سلف
من الصحابة ومن التابعين والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك
أنه ثبت عنه عليه السلام من حديث عائشة أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر
منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى
مثنى فإذا رأيت أن الصبح يدركك فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة
والسلام كان يصلي ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء إلا في آخرها
وخرج أبو داود عن أبي أيوب الأنصاري أنه عليه الصلاة والسلام قال الوتر حق على كل مسلم
فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر
بواحدة فليفعل وخرج أبو داود أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله
بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت
كان يوتر بأربع وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأنقص
من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر أيضا عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث مذهب الترجيح

ومن ذهب

فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فمصيرا إلى قوله عليه الصلاة والسلام فإذا خشيت الصبح
أوتر بواحدة وإلى حديث عائشة أنه كان يوتر بواحدة ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من
غير أن يفصل بينهما فقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصلح له أن يحتج بشيء مما
في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ما عدا حديث ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام
قال المغرب وتر صلاة النهار فإن لأبي حنيفة أن يقول إنه إذا شبه شيء بشيء وجعل حكمهما
واحدا كان المشبه به أحرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة النهار
وكانت ثلاثا وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثا وأما مالك فإنه تمسك في هذا بأنه
عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط إلا في إثر شفع فرأى أن ذلك من سنة الوتر وأن أقل ذلك ركعتان
فالوتر عنده في الحقيقة إما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وإما أن يرى
أن الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فإنه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل
وترا ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فإنه سمى الوتر فيه العدد
المركب من شفع ووتر ويشبه لاعتقاد أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان
يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شيء وأي شيء توتر له وقد قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم توتر له ما قد صلى فإن مذهب هذا القول أنه كان يرى أن
الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعني الغير المركب من الشفع والوتر وذلك
هو الوتر بغيره وهذا التأويل عليه أولا والحق في هذا أن هذه الأحاديث تقتضي
التخيير في صفة الوتر والواحدة إلى التسع على ما روي ذلك من فعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم والنص إنما هو في إفراد من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصلا و
ليس ذلك من شرطه فيشبه أن يقال ذلك من شرطه لأنه هكذا كان وتر رسول
الله صلى الله عليه وسلم ويشبه أن يقال ليس من شرطه لأن مسلما قد خرج
أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا انتهى الوتر أيقظ عائشة فأوترت وظاهر هذا أنها
كانت توتر دون أن تتقدم على وترها شفع وأيضا فإنه قد خرج من حديث عائشة

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة
ولا يسلم الا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة
فلما اسن واخذ اللحم اوتر بسبع ركعات لم يجلس ركعتين وهو جالس فتلك تسع
ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع وفيه حجة على انه ليس من شرط الوتر
ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ما روى ابو داود عن ابي بن
كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وقل
يا ايها الكافرون وقل هو الله احد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو الله
احد والمعوذتين واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى
طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه السلام ومن اثبت ما في ذلك ما خرجه
مسلم عن ابي نضرة العوقي ان ابا سعيد اخبرهم انه سال النبي صلى الله عليه وسلم عن
الوتر فقال اوتروا قبل الصبح واختلفوا في جواز صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك وقوم
اجازوه ما لم يصل الصبح وبالقول الاول قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا
ابي حنيفة وسفيان الثوري وبالثاني قال مالك والشافعي وسبب معارضة
عمل الصحابة في ذلك للآثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك ان لا يجوز
ان يصلي بعد الصبح لحديث ابي نضرة المتقدم وحديث خارجة بن حذافة العدوي
نص في هذا اخرجه ابو داود وفيه وجعلها لكم ما بين صلاة العشاء الى ان يطلع
الفجر ولا خلاف بين اهل الاصول ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها اذا كانت غاية وان
هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من انواعه المتفق عليها مثل قوله تعالى
ثم اتموا الصيام الى الليل وقوله الى المرافق فانه لا خلاف بين العلماء ان ما بعد
الغاية بخلاف الغاية اما العمل المخالف في ذلك للآثار فانه روي عن ابن مسعود وابن
عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وابي الدرداء وعائشة انهم كانوا يوترون بعد
الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا فرأى قوم ان مثل

هذا

هذا داخل في باب الاجماع ولا معنى لمن قال انه ليس ينسب الى ساكت قول فانه غير انه
ينسب الى الاجماع من لم يعرف له قول في المسألة واما هذه المسألة فكيف يصح ان يقال
انه لم يرو في ذلك خلاف عن الصحابة واي خلاف اعظم من خلاف من خالف الصحابة
الذين رووا هذه الاحاديث اعني خلافهم لهؤلاء الذين اجازوا صلاة الوتر بعد الصبح
والذي عندي في هذا ان هؤلاء ما جعلهم ليس من قبل العمل للآثار الواردة في ذلك اعني في اجازتهم
الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك من باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف
الآثار لو جعلوا صلاتها بعد الفجر من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه
المسألة من باب اختلافهم في هل القضاء في العبادة الموقتة يحتاج الى امر جديد
ام لا اعني غير امر الاداء وهذا التأويل يشهد له ما جاء اكثر ما نقل عنهم هذا المذهب
من انهم ابتدروا بقضاء الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وان كان الذي نقل عن ابن مسعود
في ذلك قول اعني كان يقول ان وقت الوتر من بعد صلاة العشاء الآخرة الى صلاة
الصبح فليس يجب لمكان هذا ان نظن بجميع من ذكر من الصحابة انه يذهب هذا المذهب
من قبل انه ابيح ان يصلى الوتر بعد الفجر فينبغي ان يتأمل صحة النقل في ذلك عنهم وقد
حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة اقوال منها القولان المشهوران اللذان
ذكرناهما والقول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس والرابع
انه يصليها وان طلعت الشمس وبه قال ابو ثور والاوزاعي والخامس
انه يوتر من الليلة القابلة وهو من قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما
سببه اختلافهم في تأكيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه اقرب اوجب القضاء
في زمان ابعد ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده القضاء اذ انما يجب في الواجبات

وعلى هذا يجي اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغي ان لا يفرق في هذا
بين الندب والواجب اعني من راى القضاء في الواجبات يكون بامر متجدد ان يعتقد مثل ذلك
في الندب واما اختلافهم في القنوت فذهب ابو حنيفة واصحابه الى انه يقنت فيه ومنعه
مالك واجازه الشافعي في احد قوليه في النصف الاخر من رمضان وقوم في رمضان
كله والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الاثار وذلك انه روي عنه عليه الصلاة
والسلام القنوت مطلقا وروي عنه القنوت شهرا وروي عنه ان اخر امره لم يكن
يقنت في شي من الصلاة وروي عنه القنوت شهرا وروي عنه وانه نهى عن ذلك
وقد تقدمت هذه المسالة واما صلاتها على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور
على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام اعني انه كان يوتر على
الراحلة ومما يعتمدونه في الحجة على انها ليست بفرض ما ذكرناه صح عنه عليه الصلاة
والسلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه انه صلى قط صلاة مفروضة على
الراحلة واما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة
مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك ان لا تصلى
على الراحلة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب اكثر العلماء الى ان المرء اذا اوتر
ثم نام فقام فتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه السلام لا وتران في ليلة خرج ذلك
ابو داود وذهب بعضهم الى انه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية
ويوتر اخرى بعد التنفل شفعا وهي المسالة التي يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف
من وجهين احدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بتشفيعه والثاني ان التنفل بواحدة
غير معروف من الشرع وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف في ذلك فمن راعى

من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعا اذا اضيف اليها ركعة ثانية
ومن راعى منها المعنى الشرعي قال ليس ينقلب شفعا لان الشفع نفل والوتر سنة
مؤكدة او واجبة الباب الثالث في ركعتي الفجر واتفقوا على ان ركعتي الفجر سنة لمداومته
عليه الصلاة والسلام عليها ولكونها اكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولانه قضاها
بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك في مسائل احدها في المستحب
من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرا فيهما بام القران فقط وقال الشافعي لا باس
ان يقرا فيهما مع ام القران بسورة قصيرة وقال ابو حنيفة لا توقيت فيهما للقراءة تستحب
وانه يجوز ان يقرا فيهما المرء حزبه من الليل والسبب في اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة
والسلام في هذه الصفة واختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روي عنه عليه
الصلاة والسلام انه كان يخفف ركعتي الفجر على ما رواه عائشة قالت حتى اني اقول
اقرا فيهما بام القران ام لا وظاهر هذا انه كان يقرا فيهما بام القران فقط وروي عنه
من طريق ابي هريرة خرجه ابو داود انه كان يقرا فيهما بقل هو الله احد وقل يا ايها الكفرون
فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة ام القران فقط ومن ذهب مذهب الحديث
الثاني اختار ام القران وسورة قصيرة ومن كان على اصله في انه لا يتعين القراءة في
الصلاة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر منه قال يقرا فيهما ما احب الثانية في صفة القراءة
المستحبة فيهما فمذهب مالك والشافعي واكثر العلماء الى ان المستحب فيهما
هو الاسرار وذهب قوم الى ان المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين
الاسرار والجهر والسبب في ذلك تعارض مفهوم الاثار وذلك ان حديث عائشة
المتقدم المفهوم فظاهره انه كان عليه الصلاة والسلام يقرا فيهما سرا ولولا ذلك

لم تشك عائشة هل قرأ فيهما بأم القرآن أم لا وكما في ما روى أبو هريرة أنه كان يقرأ فيهما بقل يا أيها الكافرون
وقل هو الله أحد فقرأ أنه عليه الصلاة والسلام فيهما كانت جهرا ولولا ذلك لما علم أبو هريرة ما كان
يقرأ فيهما ومن ذهب مذهب الترجيح بين هذه الآثار فقال إما باختيار الجمهور إن رجح حديث
أبي هريرة وإما باختيار الناس إن رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير
بالإباحة والثالثة في الذي لم يصل ركعتي الفجر وأدرك الإمام في الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما
وقد أقيمت عليه الصلاة فقال مالك إذا كان قد دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فليدخل مع
الإمام في الصلاة ولا يركعهما في المسجد والإمام يصلي الفرض وإن كان لم يدخل المسجد فإن لم يخف
أن يفوته الإمام بركعة فليركعهما خارج المسجد وإن خاف فوات ركعة فليدخل مع الإمام
ثم يصليهما إذا طلعت الشمس ووافق أبو حنيفة مالكا في الفرق بين أن يدخل المسجد أو لا يدخله
وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ما ظن أنه يدرك ركعة من الصبح مع الإمام
وقال الشافعي إذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما أصلا داخل المسجد ولا خارجه وحكى
ابن المنذر عن قوم أنه يجوز أن يركعهما في المسجد والإمام يصلي وهو شاذ والسبب في
اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة
إلا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتي الفجر إذا أقيمت المكتوبة لا خارج المسجد
ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط أجاز ذلك خارج المسجد ما لم تفته الفريضة أو لم
يفته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده في النهي إنما هو الاشتغال
بالنافلة عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده إنما هو أن تكون صلاتان معا
في موضع واحد لمكان الاختلاف على الإمام كما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال
سمع قوم الإقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

أصلاتان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وإنما اختلف مالك
وأبو حنيفة في القدر الذي يراعى من فوات الصلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي تدرك
به فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتي الفجر إذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل
من ركعتي الفجر فمن رأى أنه بفوات ركعة منها تفوته فضل صلاة الجماعة قال يشتغل بها ما لم
يفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى أنه يدرك الفضل إذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله
عليه السلام من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فقد أدرك فضلها وحمل ذلك على
عمومه في تارك ذلك قاصدا أو بغير اختيار قال يشتغل بها ما ظن أنه يدرك ركعة منها ومالك
إنما حمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها والذي يرى
أنه إذا فاتته منه ركعة فقد فاتته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة
تقام فالسبب في ذلك أحد أمرين إما أنه لم يصح عنده هذا الأثر أو لم يبلغه قال
أبو بكر بن المنذر وهذا أثر ثابت أعني قوله عليه الصلاة والسلام إذا أقيمت الصلاة
وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر وأجاز ذلك من روي عن ابن مسعود والرابعة في وقت
قضائهما إذا فاتتاه حتى صلى الصبح فإن طائفة قالت يقضيهما بعد صلاة الصبح وبه
قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيهما بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل
لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعا فقال يقضيهما من
طلوع الشمس إلى وقت الزوال ولا يقضيهما بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء
منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه والأصل في قضائهما صلاته لها عليه السلام بعد
طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

الباب الثالث في النوافل

واختلفوا في النوافل

[illegible]

من مثنى او رباع او ثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل
ركعتين وقال ابو حنيفة ان شاء ثنى او ثلث او ربع او سدس او ثمن دون ان يفصل بينهما بسلام
ومنهم من فرق بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار اربع اربع
والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد في هذا الباب
من حديث ابن عمر ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن صلاة الليل فقال صلاة الليل
مثنى مثنى فاذا خشي احدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه انه عليه الصلاة
والسلام كان يصلي قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين فمن اخذ بهذين الحديثين قال صلاة
الليل مثنى مثنى وثبت ايضا من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان يصلي اربعا فلا تسال عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثا قالت
فقلت يا رسول الله اتنام قبل ان توتر فقال يا عائشة ان عيني تنامان ولا ينام قلبي وثبت
عنه ايضا من طريق ابي هريرة انه قال عليه الصلاة والسلام من كان مصليا بعد الجمعة فليصل
اربعا وروى الاسود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل تسع ركعات
فلما اسن صلى سبع ركعات فمن اخذ ايضا بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربع
والثلاث دون ان يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة واظن ان فيه
خلافا شاذا الباب الرابع واجمعوا على ان قيام شهر رمضان مرغب فيه اكثر من سائر
الاشهر لقوله عليه الصلاة والسلام من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم
من ذنبه وان التراويح التي جمع عليها عمر بن الخطاب مرغب فيها وان كانوا اختلفوا
اي افضل اهي او الصلاة اخر الليل اعني التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه

وسلم

وسلم لكن الجمهور على ان صلاته اخر الليل افضل لقوله عليه الصلاة والسلام افضل الصلاة
صلاتكم في بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها افضل واختلفوا في المختار
من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان واختار الشافعي وابو حنيفة واحمد
وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك انه كان يستحسن ستا
وثلاثين ركعة والوتر ثلاث وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك ان
مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمن عمر بن الخطاب بثلاث
وعشرين ركعة وخرج ابن ابي شيبة عن داود بن قيس قال ادركت الناس بالمدينة في زمن
عمر بن عبد العزيز وابان بن عثمان يصلون ستا وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر
ابن القاسم عن مالك انه الامر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة الباب الخامس
في صلاة الكسوف اتفقوا على ان صلاة كسوف الشمس سنة وانها في جماعة واختلفوا
في صفتها وصفة القراءة فيها والاوقات التي تجوز فيها وهل من شرطها الخطبة ام لا وهل
كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل اصول في هذا الباب المسالة
الاولى ذهب مالك والشافعي وجمهور اهل الحجاز واحمد الى ان صلاة الكسوف ركعتان
في كل ركعة وذهب ابو حنيفة والكوفيون الى ان صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة
العيد والجمعة والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار الواردة في هذا الباب ومخالفة
القياس لبعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة انها قالت خسفت الشمس في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فاطال القيام ثم ركع فاطال الركوع
ثم قام فاطال القيام وهو دون القيام الاول ثم ركع فاطال الركوع وهو دون الركوع
الاول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الاخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد

تجلت الشمس ولما ثبت ايضا من هذه الصفة في حديث ابن عباس اعني من ركوعين في ركعة قال ابو عمر ان هذان
الحديثان من اصح ما روي في هذا الباب فمن اخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من
قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة وزاد ايضا من حديث ابي بكرة وسمرة بن جندب
وعبد الله بن عمرو والنعمان بن بشير انه صلى الله عليه وسلم صلى في الكسوف ركعتين كصلاة
العيد قال ابو عمر بن عبد البر وفي كل هذا اثار مشهورة صحاح ومن احسنها حديث ابي قلابة
عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاتكم
يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الاثار لكثرتها
وموافقتها للقياس اعني موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان قلت
خرج مسلم حديث سمرة بن جندب قال ابو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى
ما روي عن سلفه ولذلك رأى بعض اهل العلم ان هذا كله على التخيير وممن قال به
الطبري وهو الاولى فان الجمع اولى من الترجيح قال ابو عمر وقد روي في صلاة الكسوف
عشر ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين واربع ركعات في ركعتين لكن من طرق
ضعيفة قال ابو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهوية كل ما روي من ذلك فوجهه عندي
مختلف لان الاعتبار في ذلك تجلي الكسوف فان الزيادة في الركوع انما تقع بحسب اختلاف
التجلي في الكسوفات التي صلى فيها وروي عن العلاء بن زياد انه كان يرى ان المصلي ينظر
الى الشمس اذا رفع راسه من الركوع فان كان قد تجلت سجد واضاف اليها ركعة
ثانية وان كانت لم تنجل ركع في ركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان
كانت تجلت سجد واضاف اليها ثانية وان كانت لم تنجل ركع ثالثة في الركعة
الاولى وهكذا حتى تنجلي وكان اسحاق بن راهوية يقول لا يتعدى في ذلك اربع

ركعات

اربع ركعات في ركعة لانه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم اكثر من ذلك قال ابو بكر بن المنذر وكان
بعض اصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخيار في ذلك للمصلي ان شاء في كل
ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء اربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على ان النبي
صلى الله عليه وسلم صلى في كسوفات كثيرة قلت هذا الذي ذكره هو الذي خرجه مسلم من
الالوان كيف قال ابو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة واما عشر ركعات
في ركعتين فانما خرجه ابو داود فقط المسألة الثانية اختلفوا في القراءات
فيها فذهب مالك والشافعي الى ان القراءة فيها سر وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن
واحمد بن حنبل واسحاق بن راهوية يجهر بالقراءة فيها والسبب في اختلافهم
اختلاف الاثار في ذلك ومفهومها وصيغتها وذلك ان مفهوم حديث ابن عباس الثابت
انه قرأ سرا لقوله عليه الصلاة والسلام فقام قياما نحوا من سورة البقرة وقد روي
هذا المعنى نصا عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت
منه حرفا وقد روي ايضا من طريق ابن اسحاق عن صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته
فحزرت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال القراءة فيها سر ولكان ما جاء
في هذه الاثار استحب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران
وفي الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من
البقرة وفي كل واحدة ام القرآن ورجحوا ايضا مذهبهم هذا بما روي عنه صلى الله
عليه وسلم انه قال صلاة النهار عجماء ووردت ههنا ايضا احاديث مخالفة
لهذه فمنها انه روي انه صلى الله عليه وسلم قرأ في احدى الركعتين من صلاة الكسوف
بالنجم ومفهوم هذا انه جهر وكان احمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث

سفيان بن الحسين عن الزهري عن عائشة ان النبي عليه الصلاة والسلام جهر بالقراءة في كسوف
الشمس قال ابو عمر سفيان بن الحسين ليس بالقوي قال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمن
وسليمان بن كثير وكلهم لين الحديث بالزهري مع ان حديث ابن اسحق المتقدم عن عائشة يعارضه
واحتج هولاء ايضا لمذهبهم بالقياس الشبهي فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهارا
فوجب ان يجهر فيها اصله العيدان والاستسقاء وضعف في ذلك كله الطبري وهو على فقه الجمع
وقد قلنا انه اولى من مذهب الترجيح اذا امكنت ولا خلاف في هذا اعلمه بين الاصوليين المسألة
الثالثة واختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الاوقات المنهي
عن الصلاة فيها وغير المنهي وقال ابو حنيفة لا تصلى في الاوقات التي نهي عن الصلاة فيها واما
مالك فروي عنه ابن وهب انه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذي تجوز فيه
النافلة وروى ابن القاسم ان سنتها ان تصلى ضحى الى الزوال وسبب اختلافهم في هذه
المسألة اختلافهم في جنس الصلاة التي لا تصلى في الاوقات المنهي عنها فمن رأى ان تلك
الاوقات تختص بجميع اجناس الصلوات لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن
رأى تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة في الكسوف عنده سنة اجاز ذلك
ومن رأى ايضا انها من النفل لم يجزها في اوقات النهي واما رواية ابن القاسم عن مالك
فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد المسألة الرابعة واختلفوا ايضا هل من شرطها
الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعي الى ان ذلك من شرطها وذهب مالك وابو حنيفة الى
انه لا خطبة في صلاة الكسوف والسبب في اختلافهم اختلافهم في العلة التي من اجلها
خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم لما انصرف من صلاة الكسوف على ما جاء
في حديث عائشة وذلك انها روت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس

حمد الله

حمد الله واثنى عليه فقال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد
ولا لحياته الحديث فمن علل الشافعي انه انما خطب لان من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال
في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعضهم قال بقول او لكن ان خطبة النبي عليه
السلام انما كانت يومئذ لان الناس زعموا ان الشمس انما كسفت لموت ابراهيم
عليه السلام المسألة الخامسة واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي الى انه
يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى لكسوف الشمس وبه قال احمد وجماعة وداود وذهب
مالك وابو حنيفة الى انه لا يصلى له في جماعة واستحبوا ان يصلي الناس افذاذا
ركعتين ركعتين كسائر الصلوات النافلة وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله
عليه السلام ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد فاذا رأيتموها
فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرجه البخاري ومسلم فمن فهم ههنا
من الامر بالصلاة فيهما معنى واحدا وهي الصفة التي فعلها في كسوف الشمس
رأى الصلاة فيهما في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفا لانه لم يرو عنه عليه السلام
انه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم في ذلك اقل ما ينطلق عليه اسم
الصلاة في الشرع وهي النافلة فذا وكان قائل هذا القول يرى ان الاصل هو ان يحمل
اسم الصلاة في الشرع اذا ورد الامر بها على اقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع
الا ان يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه السلام في كسوف الشمس على
غير ذلك بقي المفهوم في كسوف القمر على اصله والشافعي يجعل فعله في كسوف الشمس
بيانا لمجمل ما امر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم ابو عمر بن عبد البر
انه روي عن ابن عباس وعثمان انهما صليا في القمر جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان
مثل قول الشافعي وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك

من الآيات قياسا على كسوف القمر والشمس لنصه عليه السلام على العلة في ذلك وهو
من أقوى أجناس القياس عندهم لأنه قياس العلة التي نص عليها الكتاب وبهذا قال مالك
ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم وقال أبو حنيفة أن صلى للزلزلة فقد أحسن
والا فلا حرج وروي عن ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف الباب السادس
في صلاة الاستسقاء أجمع العلماء على أن الخروج إلى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء
إلى الله تعالى والتضرع إليه في نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم
واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج إلى الاستسقاء
إلا أن أبا حنيفة قال ليس من سنته الصلاة وسبب اختلافهم أنه ورد في الآثار أنه
استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد في ذلك أنه صلى الله
عليه وسلم صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقي بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة وحول
رداءه ورفع يديه واستسقى واستقبل القبلة خرجه البخاري ومسلم وأما
الآثار التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر الصلاة فمنها حديث أنس بن مالك خرجه
مسلم وذلك أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
صلى الله عليه وسلم هلكت المواشي وانقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد
المازني قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين
استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الأثر أن ذلك
مروي عن عمر بن الخطاب أعني خرج إلى المصلى فاستسقى ولم يصل والحجة
للجمهور أنه من لم يذكر شيئا فليس هو حجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف

الآثار في ذلك ليس يقتضي شيئا أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء
إذ قد ثبت أنه عليه السلام قد استسقى على المنبر لا أنها ليس من سنتها كما ذهب إليه
أبو حنيفة وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنتها على أن الخطبة أيضا من سنتها لورود ذلك في
الآثار قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء
وخطب واختلفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لاختلاف الآثار في ذلك فرأى قوم أنها
بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك وقال الليث بن
سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر فروي عن النبي عليه السلام أنه استسقى فخطب
قبل الصلاة وروي عن عمر مثل ذلك قلت وخرج ذلك أبو داود من طريق ومن ذكر الخطبة
فإنما ذكرها في علمي قبل الصلاة واتفقوا على أن القراءة فيها جهرا واختلفوا هل
يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات
وذهب الشافعي إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في العيدين وسبب الخلاف اختلافهم
في قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك بما روي عن ابن عباس
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلي في العيدين واتفقوا
على أن من سنتها أن يستقبل الإمام القبلة واقفا يدعو ويحول رداءه رافعا يديه
على ما في الآثار واختلفوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فالجمهور على أنه يجعل ما على
يمينه على شماله وما على شماله على يمينه وقال الشافعي بل يجعل أعلاه أسفله
وما على يمينه منه على يساره وما على يساره على يمينه وسبب الاختلاف اختلاف
الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم خرج
إلى المصلى يستسقي فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي
بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل

لورود

احمد

جعل اعلاه اسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء ايضا في حديث عبد الله انه قال استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فاراد ان ياخذ باسفلها فيجعله اعلاها فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه واما متى يحول الامام رداءه فان مالكا والشافعي قالا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال ابو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك ايضا عن مالك وكلهم يقول اذا حول الامام رداءه فليحول الناس ارديتهم جلوسا لقوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث وبعض اصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون ارديتهم بتحويل الامام لانه لم ينقل ذلك في صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على ان الخروج لها وقت الخروج الى صلاة العيدين الا ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فانه قال الخروج اليها عند الزوال وروى ابو داود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس

الباب السابع في ركعتي دخول المسجد

والجمهور على ان ركعتي دخول المسجد مندوب اليهما غير واجب وذهب اهل الظاهر الى وجوبهما وسبب الخلاف في ذلك حمل الامر في قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب او على الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور من ان الاصل هو حمل الاوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن انقدح عنده دليل على حمل الامر على الندب ههنا او كان الاصل عنده في الاوامر ان تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما

ذهبوا

ذهبوا الى حمل الامر هاهنا على الندب لمكان التعارض الذي بينه وبين الاحاديث التي تقتضي بمفهومها او بنصها ان لا صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر الكتاب مثل حديث الاعرابي وغيره وذلك انه ان حمل الامر هاهنا على الوجوب لزم ان تكون المفروضات اكثر من خمس ولمن اوجبها ان يقول ان الوجوب هاهنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقا كالامر بالصلوات المفروضة فلا تعارض بينهما ان تقييد حمله بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولاهل الظاهر ان المكان المخصص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة واختلف العلماء في هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته هل يركع عند دخول المسجد ام لا فقال الشافعي يركع وهي رواية اشهب عن مالك وقال ابو حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه السلام اذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين وقوله عليه السلام لا صلاة بعد الفجر الا ركعتي الفجر فههنا عمومان وخصوصان احدهما في الزمان والآخر في الصلاة وذلك ان حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من عام الزمان رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عام الصلاة لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب ان يصار الى التخصيص الا بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الامر الثابت والله اعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر

الباب الثامن في سجود القرآن

والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول في حكم السجود وفي عدد السجدات التي هي عزائم اعني التي يسجد لها وفي الاوقات التي يسجد فيها وعلى من يجب السجود وفي صفة السجود فاما حكم سجود التلاوة فان ابا حنيفة واصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس بواجب

وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الأوامر بالسجود والأخبار التي معناها الخلاف اختلافهم
معنى الأوامر بالسجود مثل قوله تعالى إذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجدا
وبكيا هل هي محمولة على الندب أو على الوجوب فأبو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب
ومالك والشافعي اتبعا في مفهومها الصحابة إذ كانوا هم   الأوامر الشرعية وذلك
أنه لما ثبت أن عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما
كان في الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا
إلا أن نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم خلاف وهم أفهم بمغزى الشرع
وهذا إنما يحتج به من يرى قول الصحابي إذا لم يكن له مخالف حجة وقد احتج أصحاب الصحابي
الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت أنه قال كنت أقرأ القرآن على رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روي عنه
عليه الصلاة والسلام أنه لم يسجد في المفصل وبما روي أنه سجد فيها لأن وجه الجمع بين
ذلك يقتضي أن لا يكون السجود واجبا وذلك بأن يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من
قال إنه سجد ومن قال إنه لم يسجد وأما أبو حنيفة فتمسك في ذلك بأن الأصل هو حمل الأوامر
على الوجوب أو الأخبار التي تتنزل منزلة الأوامر وقد قال أبو المعالي إن احتجاج أبي حنيفة
بالأوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فإن إيجاب السجود مطلقا ليس يقتضي
وجوبه مقيدا وهو عند القراءة أعني قراءة آيات السجود قال ولو كان الأمر كما زعم
أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التي فيها الأمر بالصلاة وإذا لم يجب
ذلك فليس يجب السجود عند ذكر الآية التي فيها الأمر بالسجود من الأمر بالسجود
ولأبي حنيفة أن يقول أجمع المسلمون على أن الأخبار الواردة في السجود عند تلاوة
القرآن هي بمعنى الأمر وذلك في أكثر المواضع وإذا كان ذلك كذلك فقد ورد الأمر
به مقيدا فوجب حمل المطلق على المقيد وليس الأمر في ذلك بالسجود كالأمر في ذلك

بالسجود

بالسجود كالأمر بالصلاة فإن الصلاة قد وجبت بغير ذلك وأيضا فإن النبي عليه الصلاة
والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الأمر بالسجود الوارد فيها أعني أنه عند
التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الأمر بالوجوب عليه وأما عدد عزائم سجود القرآن
فإن مالكا قال في الموطأ الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس في المفصل
منها شيء وقال أصحابه أولها خاتمة الأعراف وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالغدو والآصال
وثالثها في النحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يؤمرون ورابعها في بني إسرائيل عند قوله تعالى
ويزيدهم خشوعا وخامسها في مريم عند قوله تعالى خروا سجدا وبكيا وسادسها الأولى
من الحج عند قوله إن الله يفعل ما يشاء وسابعها في الفرقان عند قوله تعالى وزادهم نفورا
وثامنها في النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم وتاسعها في سجدة الم تنزيل
الكتاب وهم لا يستكبرون وعاشرها في ص وخر راكعا وأناب والحادية عشرة
في حم السجدة عند قوله تعالى إن كنتم إياه تعبدون وقيل وهم لا يسأمون وقال
الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ
باسم ربك ولم ير في ص سجدة لأنها عنده من باب الشكر وقال أحمد خمس عشرة
سجدة أثبت منها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة اثنتا عشرة سجدة
قال الطحاوي هي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر والسبب في اختلافهم اختلافهم
في المذاهب التي اعتمدوا في تصحيح عددها وذلك أن منهم من اعتمد عمل أهل المدينة
ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع أما الذين اعتمدوا العمل فمالك و
أصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فأبو حنيفة وأصحابه وذلك أنهم قالوا وجدنا
السجدات التي أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهي سجدة الأعراف والرعد
والنحل وبني إسرائيل ومريم وأول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب
أن يلحق بها سائر السجدات التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في ص وفي الانشقاق

وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التي معناها الخلاف اختلافهم
معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى اذا تتلى عليهم ايات الرحمن خروا سجدا
وبكيا هل هي محمولة على الندب او على الوجوب فابو حنيفة حملها على ظواهرها من الوجوب
ومالك والشافعي اتبعا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم الاوامر الشرعية وذلك
انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرا السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما
كان في الجمعة الثانية وقراها تهيا الناس للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا
الا ان نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن احد منهم خلاف وهم افهم بمغزى الشرع
وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابي اذا لم يكن له مخالف حجة وقد احتج اصحاب الصحابي
الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرا القران على رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقرات سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد وكذلك ايضا يحتج لهولاء بما روي عنه
عليه الصلاة والسلام انه لم يسجد في المفصل وبما روي انه سجد فيها لان وجه الجمع بين
ذلك يقتضي ان لا يكون السجود واجبا وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما راى من
قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد واما ابو حنيفة فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر
على الوجوب او الاخبار التي تتنزل منزلة الاوامر وقد قال ابو المعالي ان احتجاج ابي حنيفة
بالاوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا ليس يقتضي
وجوبه مقيدا وهو عند القراءة اعني قراءة ايات السجود قال ولو كان الامر كما زعم
ابو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الاية التي فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب
ذلك فليس يجب السجود عند ذكر الاية التي فيها الامر بالسجود لا من الامر بالسجود
ولابي حنيفة ان يقول اجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة
القران هي بمعنى الامر وذلك في اكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر
به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد وليس الامر في ذلك بالسجود كالامر في ذلك

بالسجود

127

بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قد وجبت بغير ذلك وايضا فان النبي عليه الصلاة
والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الامر بالسجود الوارد فيها اعني انه عند
التلاوة فوجب ان يحمل مقتضى الامر بالوجوب عليه واما عدد عزايم سجود القران
فان مالكا قال في الموطا الامر عندنا ان عزايم سجود القران احدى عشرة سجدة ليس في المفصل
منها شيء وقال اصحابه اولها خاتمة الاعراف وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالغدو والاصال و
ثالثها في النحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يومرون ورابعها في بني اسرائيل عند قوله تعالى
ويزيدهم خشوعا وخامستها في مريم عند قوله تعالى خروا سجدا وبكيا وسادستها الاولى
من الحج عند قوله ان الله يفعل ما يشاء وسابعها في الفرقان عند قوله تعالى وزادهم نفورا
وثامنها في النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم وتاسعها في سجدة الم تنزيل
الكتاب وهم لا يستكبرون وعاشرها في ص وخر راكعا واناب والحادية عشرة
في حم السجدة عند قوله تعالى ان كنتم اياه تعبدون وقيل وهم لا يسامون وقال
الشافعي اربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرا
باسم ربك ولم ير في ص سجدة لانها عنده من باب الشكر وقال احمد بن حنبل خمس عشرة
سجدة اثبت منها الثانية من الحج وسجدة ص وقال ابو حنيفة اثنتا عشرة سجدة
قال الطحاوي هي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر والسبب في اختلافهم اختلافهم
في المذاهب التي اعتمدوها في تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل اهل المدينة
ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع اما الذين اعتمدوا العمل فمالك و
اصحابه واما الذين اعتمدوا القياس فابو حنيفة واصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا
السجدات التي اجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهي سجدة الاعراف والرعد
والنحل وبني اسرائيل ومريم واول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب
ان يلحق بها سائر السجدات التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في ص وفي الانشقاق

احمد

ونسخة ثلاثة جاءت بلفظ الأمر وهي التي في النجم وفي الثانية من الحج واقرأ وأما الذين
اعتمدوا السماع فإنهم صاروا إلى ما ثبت عنه عليه السلام من سجوده في الانشقاق
واقرأ باسم ربك وفي النجم خرج ذلك مسلم وقال الأثر في الحج من سجدة
قال سجدتان وفيه حديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
في الحج سجدتان وهو قول عمر وعلي خرجه أبو داود وأما الشافعي فإنه إنما صار
إلى إسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود عن أبي سعيد الخدري عن النبي عليه السلام قرأ
وهو على المنبر آية السجدة من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهيأ
الناس للسجود فقال إنما هي توبة نبي ولكني رأيتكم تشزنتم للسجود فنزل فسجد فسجدت
وفي هذا ضرب من الحجة لأبي حنيفة في قوله بوجوب السجود لأنه علل ترك السجود في هذه
السجدة لعلة انتفت في غيرها من السجدات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة
خلاف التي تثبت لها العلة وهو نحو من الاستدلال وفيه اختلاف لأنه من باب تجويز دليل
الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو
داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول إلى المدينة
قال أبو عمر وهو منكر لأن أبا هريرة الذي روى سجوده في المفصل لم يصحبه عليه السلام
إلا بالمدينة وقد روى الثقات أنه سجد عليه السلام في النجم وأما وقت السجود فإنهم
اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها وهو مذهب
أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الأوقات ومنع ذلك أيضا مالك
في الموطأ لأنها عنده من النفل الممنوع في هذه الأوقات عنده وروى ابن القاسم عنه
أنه يسجد فيها بعد العصر ما لم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشا
فعي وهذا بناء على أنها سنة والسنن تصلى في هذه الأوقات ما لم تدنو الشمس
من الغروب أو الطلوع وأما على من يتوجه حكمها فأجمعوا أنه يتوجه
على القارئ في صلاة أو في غير صلاة واختلفوا في السامع هل عليه سجود أو لا فقال أبو
حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع

بش

بشرطين أحدهما أن يكون قعد إليه ليسمع القرآن والآخر أن يكون القارئ يسجد وهو
مع هذا ممن يصح أن يكون إماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك أنه يسجد السامع
وإن كان القارئ ممن لا يصلح للإمامة إذا جلس إليه وأما صفة السجود فإن جمهور الفقهاء
قالوا إذا سجد القارئ كبر إذا خفض وإذا رفع واختلف قول مالك في ذلك إذا كان في غير
صلاة وأما إذا كان في الصلاة فإنه يكبر قولا واحدا الباب التاسع في صلاة ال
عيدين أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا إقا
مة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح
الأقاويل قاله أبو عمر وكذلك أجمعوا على أن السنة فيهما تقديم الصلاة على
الخطبة لثبوت ذلك أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما روي عن عثمان بن عفان
أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضا أنه لا تو
قيت في القراءة في العيدين وأكثرهم استحب أن يقرأ في الأولى بسبح وفي الثانية
بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعي بقاف
والقرآن المجيد لثبوت ذلك عنه عليه السلام واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها
اختلافهم في التكبير وذلك أنه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحوا من اثني عشر
قولا إلا أنا نذكر من ذلك المشهور الذي يستند إلى صحابي أو سماع فذهب
مالك إلى أن التكبير في الأولى من ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الإحرام
قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعي في الأ
ولى ثمانية وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال أبو حنيفة يكبر في
الأولى ثلاثا بعد تكبيرة الإحرام ويرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم
يكبر راكعا ولا يرفع يديه فإذا قام إلى الثانية كبر ولم يرفع يديه فيها ثم يكبر
وقراءة فاتحة الكتاب وسورة ثم يكبر ثلاث تكبيرات يرفع يديه فيها ثم يكبر
للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم تسع في كل ركعة وهو مروي عن ابن عباس

والمغيرة بن شعبة وانس بن مالك وسعيد ابن المسيب وبه قال النخعي وسبب
اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة رضي الله عنهم فذهب
مالك رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر قال شهدت الاضحى والفطر مع ابي هريرة
فكبر في الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمسا قبل القراءة ولان العمل
عنده بالمدينة كان على هذا او بهذا الاثر بعينه اخذ الشافعي الا انه تأول في السبع
ان ليس فيها تكبيرة الاحرام كما ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبه ان يكون مالك
صار الى ان عد تكبيرة الاحرام في السبع وعد تكبيرة القيام زائدا على الخمس
المروية ان العمل الفاه على ذلك فكانه عنده وجه من الجمع بين الاثر والعمل وقد
خرج ابو داود معنى حديث ابي هريرة مرفوعا عن عائشة وعن عمرو بن العاص وروي
انه سئل ابو موسى الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يكبر اربعا كما كان يكبر على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال ابو موسى كذلك
كنت اكبر في البصرة حيث كنت عليهم وقال قوم سبعا واما ابو حنيفة وسائر الكو
فيين فانهم اعتمدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان
يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ باقاويل
الصحابة في هذه المسألة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه السلام شيء ومعلوم ان
فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا
في رفع اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم
من لم يره واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد اعني وجوب السنة فقالت طا
ئفة يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال النخ
عي انه يصليها اهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها وقال ابو حنيفة وا
صحابه انما تجب الجمعة على اهل الامصار والمدائن وروي عن علي انه قال لا جمعة
ولا تشريق الا في مصر جامع وروي عن الزهري انه قال صلاة فطر ولا اضحى على
مسافر والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها

على

على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الاصل هو
ان كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب قال المؤلف قلت قد
فرقت السنة بين حكم النساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه امر النساء
بالخروج للعيدين ولم يامر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في المواضع التي يجب
منها المجيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة الاميال الى مسيرة (مسيرة)
اليوم التام واتفقوا على ان وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم
يات علمه ان العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم ان يصلوا يومهم
ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي وابو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة
في غداة ثاني العيد وبه قال الاوزاعي واحمد واسحق قال ابو بكر بن المنذر وبه
نقول لحديث رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امرهم ان يفطروا فاذا اصبحوا
ان يغدوا الى مصلاهم قلت خرجه ابو داود الا انه عن صحابي مجهول ولكن الاصل
فيهم رضي الله عنهم حملهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد
عيد وجمعة هل يجزئ العيد عن الجمعة فقال قوم يجزئ العيد عن الجمعة وليس
عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروي ذلك عن ابن الزبير وعلي
وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة
خاصة كما روي عن عثمان انه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من احب من اهل العالية
ان ينتظر الجمعة فلينتظر ومن احب ان يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ
وروي نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وابو حنيفة

احمد

اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعا العيد على انه سنة والجمعة على انها
فرض ولا ينوب احدهما عن الآخر وهذا هو الاصل الا ان يثبت في ذلك شرع يجب
المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رأى ان مثل هذا ليس بالرأي وانما هو
توقيف وليس بخارج عن الاصول كل الخروج واما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي
هي بدل منها لمكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جدا الا ان يثبت في ذلك شرع يجب المصير
اليه واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلي اربعا وبه قال
احمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة
الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعي وابو ثور
وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى
الامام في المصلى صلى ركعتين وان صلى في غير المصلى صلى اربع ركعات وقال قوم
لا قضاء عليه اصلا وهو قول مالك واصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي
فمن قال اربعا شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاها
الامام فمصيرا الى ان الاصل هو ان القضاء يجب ان يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء
فلانه رأى انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين
ولا اربعا اذ ليست هي بدلا من شيء وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر
اعني قول الشافعي وقول مالك واما سائر الاقاويل في ذلك فضعيفة لا معنى لها لان صلاة
الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شيء فكيف يجب ان تقاس احداهما على الاخرى
في القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي اداء لانه

اذا فاته البدل وجب هو عليه والله الموفق للصواب واختلفوا في التنفل قبل صلاة
العيد وبعدها فالجمهور على انه لا يتنفل لا قبلها ولا بعدها وهو مروي عن علي بن
ابي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال احمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها
وهو مذهب ابن انس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو ان يتنفل بعدها
ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والاوزاعي وابو حنيفة وهو مروي ايضا عن ابن مسعود
وفرق قوم بين ان تكون الصلاة في المصلى او في المسجد وهو مشهور مذهب مالك وسبب
اختلافهم انه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم الفطر او يوم الاضحى فصلى ركعتين
لم يصل قبلها ولا بعدها وقال عليه السلام اذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين
وتردد ايضا من حيث هي مشروعة فيما ان يكون حكمها في استحباب التنفل
قبلها وبعدها حكم المكتوبة او لا يكون ذلك حكمها فمن رأى ان ترك الصلاة قبلها
وبعدها من باب السنن ترك الصلاة قبل ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى
لم يستحب التنفل قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذا
صليت في المسجد لكون دليل الفعل معارضا في ذلك للقول اعني انه من حيث هو داخل
في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصل صلاة العيد يستحب ان لا يركع
تشبيها بفعله عليه السلام ومن رأى ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق
على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل
قبلها وبعدها كما قلنا ورأى قوم ان التنفل قبلها وبعدها من باب الجائز لا من
باب المندوب ولا من باب المكروه وهذا اقل اشتباها ان لم يتناول اسم المسجد المصلى
واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد ان اجمع على استحبابه الجمهور لقوله
تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند

احمد

الغدو الى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال
مالك واحمد واسحاق وابو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا راوا الهلال حتى
يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك في ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا
وروي عن ابن عباس انكار التكبير جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا ايضا على التكبير ادبار
ادبار الصلوات ايام الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر
من صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من اخر ايام التشريق وبه قال سفيان واحمد
وابو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من اخر
ايام التشريق ثم قطع عقبه ويستحب تعجيل دفنه لورود الاثار بذلك الا الغريق
جائز ان يؤخر في المذهب تاخير دفنه مخافة ان يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته
قال الموليع خلفه واذا قيل هذا في الغريق فهو اولى في كثير من المرضى في مثل الذين
تصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء حتى لقد قال
الاطباء في المسكتين لا ينبغي ان يدفنوا الا بعد ثلاث وهو قول مالك والشافعي
وقال الزهري مضت السنة ان يكبر الامام في الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر
الى العصر من اخر ايام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر عشرة
اقوال وسبب اختلافهم في ذلك العمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلف
الصحابة في ذلك اختلف من بعدهم والاصل في هذا الباب قوله تعالى واذكروا
الله في ايام معدودات وهذا الخطاب وان كان المقصود به اولا اهل الحج فان
الجمهور راوا انه يعم اهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وان كانوا اختلفوا
في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لانهم كلهم اجمعوا على

التوقيت

التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر الصلوات في هذه الايام انما
هو لمن صلى في جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الايام فقال
مالك والشافعي يكبر ثلاثا الله اكبر الله اكبر الله اكبر وقيل يزيد بعد هذا
لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وروي
عن ابن عباس انه كان يقول الله اكبر كبيرا ثلاث مرات ثم يقول في الرابعة ولله
الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت والسبب في هذا الاختلاف عدم
عدم التحديد في ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في هذا التوقيت فمن فهم
الاكثر وهذا هو السبب في اختلافهم في توقيت زمان التكبير اعني فهم التوقيت
مع عدم النص في ذلك واجمعوا انه يستحب ان يطعم في عيد الفطر قبل
الغدو الى المصلى والا يطعم يوم الاضحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه يستحب
ان يرجع على غير الطريق التي مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه السلام

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم

كتاب الجنائز

والكلام في هذا الكتاب وهو من حقوق الاموات
على الاحياء ينقسم الى ستة ابواب الاول فيما يستحب ان يفعل به عند
الاحتضار وبعده الثاني في غسله الثالث في تكفينه الرابع في حمله واتباعه

الخامس في الصلاة عليه السادس في دفنه الباب الأول ويستحب أن يلقن
الميت عند الموت شهادة أن لا إله إلا الله لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة
أن لا إله إلا الله وقوله من كان آخر قوله لا إله إلا الله دخل الجنة واختلفوا في استحباب
توجيهه إلى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون وروي عن مالك أنه قال في
التوجيه ما هو من الأمر القديم وروي عن سعيد بن المسيب أنه أنكر ذلك ولم
يرو ذلك عن أحد من الصحابة ولا من التابعين أعني الأمر بالتوجيه فإذا قضى
الميت غمض عينيه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك إلا الغريق فإنه
يستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته
قال القاضي قلت وإذا قيل هذا في الغريق فهو أولى في كثير من المرضى مثل
الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء حتى
لقد قال الأطباء في المسكتين لا ينبغي أن يدفنوا إلا بعد ثلاث الباب الثاني
في غسل الميت ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة منها في حكم الغسل ومنها
فيما يجب غسله من الموتى ومن يجوز أن يغسل وما حكم الغاسل ومنها
في صفة الغسل الفصل الأول فأما حكم الغسل فإنه قيل فيه إنه
فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما في المذهب

والسبب

والسبب في ذلك أنه نقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة
تفهم الوجوب أو لا تفهمه وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله
عليه الصلاة والسلام في ابنته اغسلنها ثلاثا أو خمسا وبقوله في
المحرم اغسلوه فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم صفة الغسل
لا مخرج الأمر به لم يقل بوجوبه ومن رأى أنه يتضمن الأمر والصفة
قال بوجوبه الفصل الثاني وأما الأموات الذين يجب غسلهم
فإنهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في معترك
حرب الكفار واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك
فأما الشهيد أعني الذي قتله في المعترك المشركون فإن الجمهور على ترك
غسله لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد
فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان
يغسل كل مسلم فإن كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون أن ما فعل بقتلى
أحد لموضع الضرورة أعني المشقة في غسلهم وقال بقولهم من فقهاء
الأمصار عبد الله بن الحسن العنبري وسئل ابن فيما حكى ابن المنذر
عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلي عليه وكان
شهيدا رحمه الله واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد في حرب

المشركين لا يغسل، وفي الشهداء من قتل اللصوص أو غير أهل الشرك
فقال الأوزاعي وأحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك
وقال مالك والشافعي يغسل، وسبب اختلافهم هو هل الموجب
لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقا أو الشهادة على أيدي الكفار
فمن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة مطلقة قال لا يغسل كل من نص
النبي عليه السلام أنه شهيد ممن قتل، ومن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة
من الكفار قصر ذلك عليهم. وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك
يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره إلا أن يخاف ضياعه
فيواريه. وقال الشافعي لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين
ودفنهم، وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه. قال أبو بكر بن المنذر
ليس في غسل المشرك سنة تتبع، وقد روي أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أمر بغسل عمه لما مات. وسبب الخلاف هل
الغسل هو من باب العبادة أو من باب النظافة، فإن كانت عبادة
لم يجز غسل الكافر، وإن كانت نظافة جاز غسله. الفصل
الثالث وأما من يجوز أن يغسل الميت فإنهم اتفقوا على أن
الرجال يغسلون الرجال والنساء النساء، واختلفوا في المرأة تموت

مع

مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء ما لم يكونوا زوجين على ثلاثة
أقوال: فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب، وقال
قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة
وجمهور العلماء، وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه
وبه قال الليث بل يدفن من غير غسل. وسبب اختلافهم
تردد المسألة بين تغليب النهي على الأمر أو الأمر على النهي، وذلك
أن الغسل مأمور به ونظر الرجل إلى بدن المرأة والمرأة إلى بدن الرجل
منهي عنه، فمن غلب النهي ولم يغلب الميت على الحي بكون طهارة
التراب بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد صاحبه
ولا ييممه، ومن غلب الأمر على النهي تغليبا مطلقا قال يغسل
كل واحد منهما صاحبه، ومن ذهب إلى التيمم فلأنه رأى أن لا يلحق
الأمر والنهي في ذلك تعارض، وذلك أن النظر إلى مواضع التيمم يجوز
لكلا الصنفين، ولذلك رأى مالك أن ييمم الرجل المرأة في يديها
ووجهها فقط لكون ذلك ليس منها بعورة إلا من السرة إلى الركبة
على مذهبه، وكأن الضرورة التي نقلت الميت من الغسل إلى التيمم
عند من قال به هي تعارض الأمر والنهي، فكأنه شبه هذه الضرورة

بالضرورة التي يجوز معها للحي التيمم وهو تشبيه فيه
بعد ولكن عليه الجمهور وأما مالك فإنه اختلف قوله في هذه
المسألة مرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا
مطلقا ومرة فرق في ذلك بين ذوي المحارم وغيرهم ومرة
فرق في ذوي المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه أن له في ذوي المحارم
ثلاثة أقوال أشهرها أنه يغسل كل واحد منهما صاحبه على
الثياب والقول الثاني أنه لا يغسل أحدهما صاحبه وييممه
مثل قول الجمهور في غير ذي المحارم والقول الثالث الفرق
بين الرجال والنساء أعني تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل
المرأة فسبب المنع أن كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر إلى مواضع
الغسل من صاحبه كالأجانب سواء وسبب الإباحة أنه موضع ضرورة
وهم أعذر في ذلك من الأجنبي وسبب الفرق أن نظر الرجال إلى
النساء أغلظ من نظر النساء إلى الرجال بدليل أن النساء يحجبن
عن الرجال ولا يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على
غسل المرأة زوجها واختلفوا في جواز غسله إياها فالجمهور على
جواز ذلك وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته وسبب اختلافهم

هو

هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق فمن شبهه
بالطلاق قال لا يحل له أن ينظر إليها بعد الموت ومن لم يشبهه
بالطلاق وهم الجمهور قال إنه ما يحل له من النظر إليها قبل الموت
يحل له بعد الموت وإنما دعى أبا حنيفة أن شبه الموت بالطلاق أنه
رأى أنه إذا ماتت إحدى الأختين حل له نكاح الأخرى كالحال فيها
إذا طلقت وهذا فيه بعد لأن علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت
ولذلك حلت الأخرى إلا أن يقال إن منع الجمع بين الأختين عبادة غير
معقولة فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة وكذلك أجمعوا على أن المطلقة
المبتوتة لا تغسل زوجها واختلفوا في الرجعية فروي عن مالك أنها
تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال ابن القاسم لا تغسله
وإن كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لأنه ليس يجوز عنده أن يراها
وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر إلى
الرجعية أو لا ينظر إليها وأما حكم الغاسل فإنهم اختلفوا فيما يجب
عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل
عليه وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء وذلك
أن أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من غسل
ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ خرجه أبو داود وأما حديث أسماء

في هذا صحيح وأما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما
حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث أسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة
لهؤلاء من أنكر الشيء ويحتمل أن يكون ذلك لأنه لم تبلغه السنة في ذلك
وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الأول
فهذا كله قال الشافعي رضي الله عنه على عادته في الاحتياط والاتباعات
الى الآثار لا غسل على من غسل الميت إلا أن يثبت حديث أبي هريرة

الفصل الرابع في صفة الغسل وفي هذا الفصل مسائل أحدها
هل ينزع عن الميت قميصه إذا غسل أم لا يغسل في قميصه اختلفوا
في ذلك فقال مالك إذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته وبه
قال أبو حنيفة والشافعي يغسل في قميصه وسبب اختلافهم
تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قميصه بين أن يكون خاصا به وبين
أن يكون سنة فمن رأى أنه خاص به وأنه لا يحرم من النظر الى الميت إلا ما يحرم
منه وهو حي قال يغسل عريانا إلا عورته فقط التي يحرم
النظر اليها في حال الحياة ومن رأى أن ذلك سنة استند الى باب الإجماع
أو الى الأمر الإلهي لأنه روي أن ذلك سنة في الحديث أنهم سمعوا
صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد ألقي عليهم النوم فقال الأفضل
أن يغسل الميت في قميصه المسألة الثانية قال أبو حنيفة

لا يوضأ

لا يوضأ الميت وقال الشافعي يوضأ وقال مالك إن وضئ فحسن
وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للأثر وذلك أن القياس
يقتضي أن لا وضوء على الميت لأن الوضوء طهارة مفروضة لموضع
العبادة وإذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها ولولا
أن الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله ومخالفو حديث أم عطية
الثابت أن الوضوء شرط في غسل الميت لأن فيه أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء
منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخاري ومسلم ولذلك ليس
يجب أن تعارض الروايات التي فيها الغسل مطلقا لأن المقيد
يقضي على المطلق إذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه
أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد
وذلك أنه وردت آثار كثيرة فيها الأمر بالغسل مطلقا من غير
ذكر وضوء فيها ولا رجحوا الإطلاق على التقييد لمعارضة القياس
له في هذا الموضع والشافعي جرى على الأصل من حمل المطلق على
المقيد المسألة الثالثة اختلفوا في التوقيت في الغسل
فمنهم من أوجبه ومنهم من استحبه والذين أوجبوا التوقيت
منهم من أوجب الوتر أي وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم
من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ومنهم من حد أقل الوتر

في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الأكثر وهو الشافعي ومنهم
من حد الأكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد ومنهم من قال
باستحباب الوتر ولم يحد فيه حدا وهو مالك بن أنس وأصحابه وسبب
الخلاف من شرط التوقيت ومن لم يشترط واستحب معارضة القياس
للأثر وذلك أن ظاهر حديث أم عطية يقتضي التوقيت لأن فيه اغسلنها
ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك إن رأيتن وفي بعض رواياته سبعا
وأما قياس الميت على الحي في الطهارة فيقتضي أن لا توقيت فيها
كما ليس في طهارة الحي توقيت فمن رجح الأثر على النظر قال بالتوقيت
ومن رأى الجمع بين الأثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب
وأما الذين اختلفوا في التوقيت فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ
الروايات في ذلك عن أم عطية فأما الشافعي فإنه رأى أن لا ينقص
أقل من ثلاثة لأنه أقل وتر نطق به في حديث أم عطية ورأى
أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه السلام أو أكثر من ذلك إن رأيتن
وأما أحمد فأخذ بأكثر وتر نطق به في بعض روايات الحديث
وهو قوله عليه السلام أو سبعا وأما أبو حنيفة فصار في قصره
الوتر على الثلاث لما روي أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل
عن أم عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء
والكافور وأيضا فإن الوتر الشرعي عنده إنما ينطلق على الثلاث

فقط

فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الأولى بالماء القراح وفي
الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلفوا
إذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا فقيل لا يعاد وبه قال
مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا في العدد الذي
تجب به الإعادة إن تكرر خروج الحدث فقيل يعاد عليه واحدة
وبه قال الشافعي وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعا وأجمعوا
أنه لا يزاد على السبع شيء واختلفوا في تقليم أظفار الميت والأخذ
من شعره فقال قوم يؤخذ منه وقال قوم لا تقلم أظفاره ولا
يؤخذ من شعره وليس فيه أثر وإنما سبب الخلاف الخلاف الواقع
في ذلك في الصدر الأول ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك قياس
الميت على الحي فمن قاسه أوجب تقليم الأظفار وحلق العانة
لأنها من سنة الحي باتفاق وكذلك اختلفوا في عصر بطنه قبل أن يغسل
فمنهم من رأى ذلك ومنهم من لم ير ذلك فمن رآه رأى أن فيه ضربا
من الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة إذ هو مطلوب من الميت
كما هو مطلوب من الحي ومن لم ير ذلك رأى أنه من باب تكليف
ما لم يشرع وأن الحي في ذلك خلاف الميت الباب الثالث
في الأكفان والأصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية ليس فيها قميص
وخرج ابو داود عن ليلى بنت الثقفية قالت كنت فيمن غسل
ام كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان اول ما اعطانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم
الملحفة ثم ادرجت بعد في الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله
عليه وسلم جالس عند الباب معه كفنها يناولناها ثوبا ثوبا
فمن العلماء من اخذ بظاهر هذين الاثرين وقال يكفن الرجل
في ثلاثة اثواب والمراة في خمسة اثواب واقل ما يكفن فيه
الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة اثواب وروي عن مالك انه لا حد
في ذلك وانه يجزئ ثوب واحد فيهما الا انه يستحب الوتر وسبب
اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فمن فهم
منهما الاباحة لم يقل بتوقيت الا انه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر
ولم يفرق في ذلك بين المراة والرجل وكانه فهم منهما الاباحة
الا في التوقيت فانه فهم منه شرعا بمناسبة للشرع ومن فهم
من العدد انه شرع لا الاباحة قال بالتوقيت اما على جهة التاكيد
واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع
محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه وقد كفن مصعب

ابن عمير

ابن عمير يوم احد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها راسه خرجت رجلاه
واذا غطوا رجليه خرج راسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
غطوا بها راسه واجعلوا على رجليه من الاذخر قال واتفقوا على ان
الميت يغطى راسه ويطيب الا المحرم واذا مات في احرامه فانهم
اختلفوا فيه فقال مالك وابو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم
وقال الشافعي لا يغطى راسه اذا مات ولا يمس بطيب وسبب
اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما الخصوص فهو حديث ابن
عباس قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات
وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا
راسه ولا تقربوه طيبا فانه يبعث يوم القيامة ملبيا واما العموم
فهو ما ورد من الامر بالغسل مطلقا فمن خصص من الاموات
المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى احد وجعل الحكم
منه عليه السلام على الواحد حكما على الجماعة قال لا يغطى راس
المحرم ولا يمس طيبا ومن ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء
والتخصيص قال حديث الاعرابي خاص به لا يتعدى الى غيره
الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة واختلفوا في سنة

المشي مع الجنازة فذهب أهل المدينة إلى أن من سنتها المشي
أمامها وقال الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه وسائرهم إن المشي
خلفها أفضل وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل
واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي صلى الله
عليه وسلم مرسلا المشي أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال
الشافعي وأخذ أهل الكوفة بما رووه عن علي بن أبي طالب من طريق
عبد الرحمن بن أبزى قال كنت أمشي نعى النجاشي اليوم الذي
مات فيه وخرج بهم إلى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات
وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور العلماء وجاء
في هذا المعنى أيضا أنه صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعا
وروى مسلم أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم
يكبر على الجنائز أربعا وأنه كبر على جنازة خمسا فسألناه فقال
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى أبو خيثمة
عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز أربعا
وخمسا وستا وسبعا وثمانيا حتى مات النجاشي فصف الناس
وراءه وكبر أربعا ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى

توفاه

توفاه الله وهذا فيه حجة لائحة للجمهور **المسألة الثانية**
أجمع الفقهاء على رفع اليدين في أول التكبير على الجنازة واختلفوا
في سائر التكبير فقال قوم يرفع وقال قوم لا يرفع وروى الترمذي
عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع
يديه في أول التكبير ووضع اليمنى على اليسرى فمن ذهب إلى ظاهر
هذا الأثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع إلا في أول التكبير قال لا يرفع
في أول التكبير ومن رأى الرفع في كل تكبيرة شبه التكبير الثاني بالأول
لأنه كله يفعل في حال القيام والاستواء **المسألة الثالثة**
اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وأبو حنيفة
ليس فيها قراءة إنما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب
فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وإنما يحمد الله ويثني عليه
بعد التكبيرة الأولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى الله عليه وسلم
ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي
يقرأ بعد التكبير الأول بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر
التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد وداود وسبب اختلافهم
معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضا اسم الصلاة صلاة

الجنازة أولا أما العمل فهذا الذي حكاه ذلك عن بلده وأما الأثر فهو
ما رواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن
عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا أنها سنة
فمن ذهب إلى ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول
عنده صلاة الجنازة وهو قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا
بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتج
لمذهب مالك بظواهر الآثار التي نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة
والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ وعلى هذا فتكون
تلك الآثار كأنها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله
لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وذكر البخاري عن ابن شهاب عن أبي
أمامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم
وأبناء الذين شهدوا بدرا أن رجالا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
أخبروه أن السنة في الصلاة على الجنائز أن يكبر الإمام ثم يقرأ
فاتحة الكتاب سرا في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات
الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي أخبرني أبو أمامة من ذلك لمحمد
بن سويد الفهري فقال وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن

حبيب

حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو أمامة
المسألة الرابعة واختلفوا في التسليم من الجنازة
هل هو واحد أو اثنان فالجمهور على أنه واحد وقالت طائفة
وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي
وهو أحد قولي الشافعي وسبب اختلافهم في التسليم من
الصلاة وقياس صلاة الجنازة على الصلاة المفروضة فمن كان
عنده التسليمة تسليمة واحدة في المفروضة وقاس صلاة الجنازة
عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتان في الصلاة المفروضة
قال هنا بتسليمتين إن كانت عنده تلك سنة فهذه سنة
وإن كانت فرضا فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها
أو لا يجهر بالسلام المسألة الخامسة واختلفوا أين يقوم
الإمام من الجنازة فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكرا كان
أو أنثى وقال قوم آخرون يقوم من الأنثى وسطها ومن الذكر عند رأسه
ومنهم من قال يقوم من الذكر والأنثى عند صدرهما وهو قول
ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عن مالك والشافعي في ذلك حد
وقال قوم يقوم منها أين شاء والسبب في اختلافهم اختلاف
الآثار في هذا الباب وذلك أنه خرج البخاري ومسلم حديث

سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله
عليه وسلم على ام كعب ماتت وهي نفساء فقام رسول الله
صلى الله عليه وسلم للصلاة عليها وسطها وخرج ابو داود من
حديث همام بن غالب قال صليت مع انس بن مالك على جنازة
رجل فقام حيال راسه ثم جاءوا بجنازة امراة فقالوا يا ابا حمزة
صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا
رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم قام على الجنازة مقامك
منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس فيه
في المفهوم من هذه الافعال فمنهم من راى ان قيامه عليه الصلاة والسلام
في هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد
ومنهم من راى ان قيامه على احد هذه الاوضاع هو شرع وانه يدل
على التحديد وهولاء انقسموا قسمين فمنهم من اخذ بحديث
سمرة بن جندب للاتفاق على صحته وقال المراة والرجل في ذلك
سواء لان الاصل ان حكمهما واحد الا ان يثبت في ذلك فارق شرعي
ومنهم من صحح حديث همام وقال فيه زيادة على حديث سمرة
بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض اصلا واما
مذهب ابن القاسم وابي حنيفة فلا اعلم لهما حجة من جهة السمع في ذلك

مستندا

مستندا الا ما روي عن ابن مسعود من ذلك المسالة السادسة واختلفوا
في ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعت عند الصلاة فقال الاكثر
يجعل الرجال مما يلي الامام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف
هذا ان النساء مما يلي الامام والرجال مما يلي القبلة وفيه قول ثالث
انه يصلى على كل جنازة الرجال منفردين والنساء منفردات وسبب
الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار احوال الشرع من انه يجب ان يكون
في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك
رأى كثير من الناس انه ليس في امثال هذه المواضع شرع اصلا وانه
لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الاكثر الى ما قلناه من
تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطأ ان عثمان بن عفان وعبد الله
بن عمر وابا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال
والنساء فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما
يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه
صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وابو هريرة وابو سعيد
الخدري وابو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاص فسالهم
عن ذلك او امر من سالهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند
عندهم ويشبه ان يكون من قال بتقديم الرجال لشبههم

امام الامام على الصف خلف الامام
في الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام اخروهن حيث اخرهن الله واما من
قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه ان يكون اعتقد ان الاول هو المتقدم
ولم يجعل التقدم الا القرب من الامام واما من جمع فاحتياطا من ان
لا يكون ممنوعا الا ترد سنة بجواز الجمع فيحتمل ان يكون على اصل
الاباحة ويحتمل ان يكون ممنوعا بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب
التوقيف اذا وجد اليه سبيلا المسألة السابعة واختلفوا
في الذي يفوته بعض التكبير على الجنازة في مواضع منها هل يدخل بتكبيرة
او لا ومنها هل يقضي ما فاته او لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير
او لا يدعو فروى اشهب عن مالك انه يكبر اول دخوله وهو احد قولي
الشافعي وقال ابو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر
وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياسا على
من دخل في المفروضة واتفق مالك والشافعي وابو حنيفة على انه
يقضي ما فاته من التكبير الا ان ابا حنيفة يرى انه يدعو بين التكبير
المقضي ومالك والشافعي يريان ان يقضيه نسقا وانما اتفقوا
على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاتموا فمن رأى ان هذا العموم يتناول التكبير
والدعاء قال يقضي التكبير وما فات من الدعاء ومن اخرج الدعاء

من ذلك

من ذلك اذ كان غير موقت قال يقضي التكبير فقط اذ كان هو
الموقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص
العام بالقياس فابو حنيفة اخذ بالعموم وهؤلاء اخذوا بالخصوص
المسألة الثامنة واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته
الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال ابو حنيفة
لا يصلى على القبر الا الولي فقط اذا فاتته الصلاة على الجنازة
وكان الذي صلى عليها غير وليها وقال الشافعي واحمد وداود وجماعة
يصلي على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون
باجازة الصلاة على القبر على ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء
اختلفوا في هذه المدة واكثرها شهر وسبب الخلاف معارضة
العمل للاثر اما مخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث
الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امرأة قال
قد جاء هذا الحديث قال احمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن
النبي صلى الله عليه وسلم من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض
المحدثين ثلاثة طرق فجميعه تسعة واما البخاري ومسلم فرويا
ذلك من طريق ابي هريرة واما مالك فخرجه مرسلا عن ابي امامة بن سهل

وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعي واما ابو حنيفة فانه جرى
في ذلك على عادته فيما احسب اعني في رد اخبار الآحاد التي تعم
بها البلوى اذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك ان عدم
الانتشار اذا كان شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه
من غلبة الظن وتصرفه الى الشك فيه او غلبة الظن بكذبه او نسخه
وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا في وجه الاستدلال بالعمل وفي
هذا النوع الذي تسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من
جنس واحد

الفصل الثاني فيمن يصلى عليه ومن اولى بالتقديم

واجمع اكثر اهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لا اله الا
الله وفي ذلك اثر انه قال عليه الصلاة والسلام صلوا على من قال
لا اله الا الله وسواء كان من اهل الكبائر او من اهل البدع الا ان
مالكا كره لاهل الفضل الصلاة على اهل البدع ولم ير ان يصلي
الامام على من قتله حدا واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم
انه لا يصلى عليه واجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز
الصلاة على اهل الكبائر ولا على اهل البغي والبدع والسبب
في اختلافهم في الصلاة اما في اهل البدع فاختلافهم في تكفيرهم ببدعهم

فمن كفرهم

فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم
اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول لا تأويل اقواله عليه
الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وانما اجمع المسلمون
على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله
تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا ولا تقم على قبره الآية واما
اختلافهم في اهل الكبائر فليس يمكن ان يكون لهم سبب الا من
جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب ولكن ليس هذا مذهب
اهل السنة فلذلك ليس ينبغي ان يمنع الفقهاء الصلاة على اهل
الكبائر واما كراهية مالك الصلاة على اهل البدع فذلك لمكان الزجر
والعقوبة لهم وانما لم ير مالك صلاة الامام على من قتله حدا لان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه
خرجه ابو داود وانما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث
جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ابى ان يصلي على رجل
قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر قال لا يصلى على قاتل نفسه ومن لم
يصححه رأى ان حكمه حكم المسلمين وان كانوا من اهل النار
كما ورد في الاثر لكن ليس هم من المخلدين لكونهم من اهل الايمان

وفيه قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه أخرجوا من النار من في قلبه
مثقال حبة من الإيمان. واختلفوا أيضا في الصلاة على الشهداء المقتولين
في المعركة ولا يغسل، وقال أبو حنيفة يصلى عليه ولا يغسل. والسبب
اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك، وذلك أنه خرج أبو داود من طريق جابر
أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل
عليهم ولم يغسلوا. وروي من طريق ابن عباس مسندا أنه عليه
الصلاة والسلام صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولا يمم
وروي ذلك أيضا من حديث أبي مالك الغفاري، وكذلك روي
أيضا أن أعرابيا جاءه سهم فوقع في حلقه فصلى النبي صلى الله عليه
وسلم عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهدا في سبيلك فقتل شهيدا
وأنا شهيد عليه. وكلا الفريقين يرجح الأحاديث التي أخذ بها. وكانت
الشافعية تعتل لحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن أبي زياد
وكان قد اختلط آخر عمره، وقد كان شعبة يطعن فيه. وأما المراسيل
فليست عندنا حجة. واختلفوا متى يصلى على الطفل، فقال مالك
لا يصلى على الطفل حتى يستهل صارخا، وبه قال الشافعي. وقال
أبو حنيفة يصلى عليه إذا نفخ فيه الروح وذلك إذا كان له في بطن

أمه

أمه أربعة أشهر فأكثر، وبه قال ابن أبي ليلى. والسبب اختلافهم
معارضة المطلق للمقيد، وذلك أنه روى الترمذي عن جابر بن عبد الله
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الطفل لا يصلى عليه ولا يرث
ولا يورث حتى يستهل صارخا. وروي عنه عليه الصلاة والسلام من
حديث المغيرة بن شعبة أنه قال الطفل يصلى عليه. فمن ذهب مذهب
حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر، فالواجب أن يحمل ذلك العموم
على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه
إذا استهل صارخا. ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم
أن المعتبر في الصلاة هو حكم الإسلام والحياة، والطفل إذا تحرك فهو
حي وحكمه حكم المسلمين، وكل مسلم حي إذا مات صلي عليه.
فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص بموافقة القياس له. ومن الناس
من شذ وقال لا يصلى على الأطفال أصلا. وروى أبو داود أن النبي
صلى الله عليه وسلم لم يصل على إبراهيم ابنه وهو ابن ثمانية أشهر
وروي فيه أنه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة. واختلفوا في
الصلاة على المسبيين من الأطفال، فذهب مالك في رواية المصريين
عنه أن الطفل من أولاد الحربيين لا يصلى عليه حتى يعقل الإسلام

سواء سبي مع ابويه او لم يسب معهما وان حكمه حكم ابويه الا
ان يسلم الاب فهو تابع له دون الام ووافقه الشافعي على هذا الا انه
ان اسلم احد الابوين فهو عنده تابع لمن اسلم منهما الام او الاب وهو على
ما ذهب اليه مالك وقال ابو حنيفة يصلى على الاطفال المسبيين وحكمهم
حكم من سباهم وقال الاوزاعي اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعني
اذا بيعوا في السبي قال وبهذا جرى العمل في الثغور وبه الحنبلي فيه
واجمعوا على انه اذا كانوا مع ابائهم ولم يملكهم مسلم ولا اسلم
احد ابويهم ان حكمهم حكم ابائهم والسبب في اختلافهم اختلافهم
في اطفال المشركين هل هم من اهل الجنة او من اهل النار وذلك انه
جاء في بعض الاثار انهم من ابائهم اي ان حكمهم حكم ابائهم ودليل
قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم
حكم المومنين واما من اولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل
الولي وقيل الوالي فمن قال الوالي شبهها بصلاة الجمعة من
حيث هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق
التي الولي فيها احق مثل مواراته ودفنه واكثر اهل العلم
على ان الولي احق قال ابو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن علي سعيد بن

العاص وهو والي المدينة ليصلي على الحسن بن علي وقال لولا
انها سنة ما تقدمت قال ابو بكر وبه اقول واكثر العلماء على
انه لا يصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث
النجاشي والجمهور على ان ذلك خاص بالنجاشي واختلفوا
هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على الاكثر لتناول
اسم الميت له ومن قال انه يصلى على الاقل قال لان حرمة البعض كحرمة
الكل لا سيما ان كان ذلك العضو محل الحيوة وكان ممن يجيز
الصلاة على الغائب الفصل الثالث في وقت الصلاة على
الجنائز فهم اختلفوا في الوقت الذي تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال
قوم لا تصلى في الاوقات الثلاثة التي ورد النهي فيها وهي وقت
الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن
عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا
ان نصلي فيها وان نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب
والطلوع فقط ويصلى بعد الصبح وبعد العصر ما لم تصفر الشمس
وبعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة
في الاوقات الخمسة المنهي عنها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم

وهو قياس ابي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل
وقت من الاوقات لان المنهي عنده انما هو خارج على النوافل
لا على السنن كما تقدم في الفصل الرابع في مواضع الصلاة واختلفوا
في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها اكثر العلماء وكرهها
بعضهم منهم ابو حنيفة وبعض اصحاب مالك وقد روي كراهية
ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس
في المسجد وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث ابي هريرة
اما حديث عائشة فما رواه مالك من انها امرت ان يمر عليها بسعد
ابن ابي وقاص في المسجد حين مات لتدعو له فانكر الناس ذلك عليها
فقالت عائشة ما اسرع ما نسي الناس ما صلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء الا في المسجد واما حديث
ابي هريرة فغير ثابت او غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة
على عائشة يدل على اشتهار العمل عندهم بخلاف ذلك ويشهد
لذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى على النجاشي وقد زعم
بعضهم ان سبب المنع في ذلك هو ان ميت بني ادم ميتة وهذا
ضعيف لان حكم الميتة شرعي ولا يثبت لابن ادم الا بدليل وكره

بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة
فيها واجازه الاكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام وجعلت لي
الارض مسجدا وطهورا الفصل الخامس في شروط الصلاة
على الجنازة واتفق الاكثر على ان من شرطها الطهارة كما اتفق
جميعهم على ان من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف
فواتها فقال قوم يتيمم ويصلي لها اذا خاف الفوات وبه قال
ابو حنيفة وسفيان والاوزاعي وجماعة وقال مالك والشافعي
لا يصلى عليها بتيمم والسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة
المفروضة فمن شبهها بها اجاز التيمم اعني من شبه فوت الوقت
بفوات الصلاة على الجنازة بفوتها ومن لم يشبهها لم يجز التيمم
لانها عنده من فروض الكفاية او من سنن الكفاية على اختلافهم
في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز ان يصلى على الجنازة بغير
طهارة وهو قول الشعبي وهؤلاء ظنوا ان الصلاة لا تتناول
صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها
ركوع ولا سجود الباب السادس في الدفن واجمعوا
على ان وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى الم نجعل الارض كفاتا
احياء وامواتا وقوله تعالى فبعث الله غرابا يبحث في الارض
وكره مالك والشافعي تجصيص القبور واجاز ذلك ابو حنيفة

وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم اجازوا ذلك وتاولوا النهي عن ذلك
انه القعود لحاجة الانسان والاثار الواردة في النهي عن ذلك منها
حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء
عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رءاني رسول الله صلى الله
عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذ صاحب القبر ولا
يؤذيك واحتج من اجاز القعود على القبور بما روي عن زيد بن ثابت
انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على
القبور لحدث غائط او بول قال ويؤيد ذلك ما روي عن ابي هريرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلس على قبر
يبول عليه او يتغوط فكانما جلس على جمر نار والى هذا ذهب
ابو حنيفة ومالك والشافعي بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيام

وهذا الكتاب ينقسم اولا
قسمين احدهما في الصوم الواجب والاخر في المندوب اليه والنظر
في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين احدهما في الصوم والاخر
في الفطر اما القسم الاول وهو الصيام فانه ينقسم اولا الى
جملتين احداهما معرفة انواع الصيام الواجب والاخرى في معرفة
اركانه واما القسم الذي يتضمن النظر في الفطر فانه ينقسم الى

معرفة المفطرات والى المفطرين واحكامهم فلنبدا من القسم
الاول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهي معرفة انواع
الصوم فنقول ان الصوم الشرعي منه واجب ومنه مندوب اليه
والواجب ثلاثة اقسام منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم
رمضان بعينه ومنه ما يجب لعلة وهو صيام الكفارات
ومنه ما يجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر
والذي يتضمن هذا الكتاب القول فيه من انواع هذه الواجبات
هو صوم رمضان فقط واما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر
المواضع التي تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر في كتاب
النذر فاما صوم رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع
فاما الكتاب فقوله تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين
من قبلكم لعلكم تتقون واما السنة ففي قوله صلى الله عليه وسلم
بني الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابي وصيام
شهر رمضان قال هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع واما الاجماع
فانه لم ينقل الينا خلاف عن احد من الائمة في ذلك واما على من
يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ الحاضر العاقل الصحيح
الذي لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهي الحيض للنساء

هذا الاختلاف فيه لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه الجملة الثانية
في الاركان والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك
عن المفطرات والثالث مختلف فيه وهو النية فاما الركن الاول
الذي هو الزمان فانه ينقسم الى قسمين احدهما زمان الوجوب وهو
شهر رمضان والاخر زمان الامساك عن المفطرات وهو ايام
هذا الشهر دون لياليه ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين
مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدا بما يتعلق من ذلك بزمان
الوجوب واول ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان وثانيا في معرفة
الطريق الذي بها يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة في حق شخص
شخص وقوع فاما طرفا هذا الزمان فان العلماء اجتمعوا
على ان الشهر العربي يكون تسعا وعشرين ويكون ثلاثين وعلى
ان الاعتبار في تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله عليه
الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته واعني بالرؤية
اول ظهور القمر بعد السرار واختلفوا في الحكم اذا غم الشهر
ولم تمكن الرؤية وفي وقت الرؤية المعتبر فاما اختلافهم اذا غم
الهلال اول الشهر فان الجمهور يرون ان الحكم في ذلك ان تكمل العدة
ثلاثين فان كان الذي غم هلال اول الشهر عد من الشهر الذي

قبله

قبله ثلاثين وكان اول رمضان الحادي والثلاثين وان كان الذي
غم هلال اخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر الى انه
ان كان المغمى هلال اول الشهر صيم اليوم الثاني وهو الذي يعرف
بيوم الشك وروي عن بعض السلف انه اذا اغمي الهلال رجع
الى الحساب بمسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير
وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعي انه قال
من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له
من جهة الاستدلال ان الهلال مرئي وقد غم فان له ان يعتقد
الصوم ويجزيه والسبب في اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه
الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم
عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى ان تاويله ان يكمل العدة ثلاثين
ومنهم من راى ان معنى التقدير له هو عده بالحساب ومنهم من راى
ان معنى ذلك ان يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا
وفيه بعد في اللفظ وانما صار الجمهور لهذا التاويل لحديث ابن عباس
الثابت انه قال عليه الصلاة والسلام فان غم عليكم فاكملوا
العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب ان يحمل المجمل على
المفسر وهي طريقة لا خلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم

بين المجمل والمفسر تعارضا اصلا فمذهب الجمهور في هذا ارجح
والله اعلم واما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا
على انه اذا رئي من العشي ان الشهر من اليوم الثاني واختلفوا اذا رئي
في سائر اوقات النهار اعني اول ما رئي فمذهب الجمهور الى ان القمر
في اي وقت رئي من النهار انه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشي
وبهذا القول قال مالك والشافعي وابو حنيفة وجمهور اصحابهم
وقال ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة والثوري وابن حبيب من
اصحاب مالك اذا رئي الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية
وان رئي بعد الزوال فهو للآتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة
فيما سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار في ذلك وليس في ذلك
اثر عن النبي صلى الله عليه وسلم يرجع اليه لكن روي عن عمر رضي الله
عنه اثران احدهما عام والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب
قوم الى المفسر فاما العام فهو ما رواه الاعمش عن ابي وائل شقيق
بن سلمة قال اتانا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الاهلة
بعضها اكبر من بعض فاذا رايتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى يشهد
رجلان انهما رأياه بالامس واما الثاني فما روى الثوري عنه انه
بلغ عمر بن الخطاب ان قوما راوا الهلال بعد الزوال فافطروا

فكتب

148

فكتب اليهم يلومهم وقال اذا رايتم الهلال نهارا قبل الزوال
فافطروا واذا رايتموه بعد الزوال فلا تفطروا واقلت الذي يقتضي
القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو
بعيد منها لانه حينئذ يكون اكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف
في الكبر والصغر فيبعد والله اعلم ان يبلغ من الكبر ان يرى والشمس
بعد لم تغب ولكن المعتبر في ذلك مغيب الشمس اولا مغيبها واما
اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين احدهما الحس
والآخر الخبر فاما طريق الحس فانهم اجمعوا على ان من ابصر
هلال الصوم وحده ان عليه ان يصوم الا عطاء بن ابي رباح فانه قال
لا يصوم الا برؤية غيره معه واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده
فذهب مالك وابو حنيفة واحمد انه لا يفطر وقال الشافعي يفطر
وبه قال ابو ثور وهذا لا معنى له فان النبي صلى الله عليه وسلم
قد اوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولولا
الاجماع على الصوم بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصوم
بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم
والفطر لمكان سد الذريعة ان لا يدعي الفساق انهم راوا الهلال
وحده فعليه القضاء والكفارة وقال ابو حنيفة عليه القضاء فقط

واما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد المخبرين الذين يجب قبول
خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فاما مالك فقال انه لا يجوز ان يصام
ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعي في رواية المزني
انه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر باقل من شهادة
رجلين وقال ابو حنيفة ان كانت السماء مغيمة قبل واحد وان كانت
صاحية بمصر كبير لم تقبل الا شهادة الجم الغفير وروي عنه
انه تقبل شهادة عدلين اذا كانت السماء مصحية وقد روي عن مالك
انه لا تقبل شهادة الشاهدين الا اذا كانت السماء مغيمة واجمعوا
على انه لا يقبل في الفطر الا اثنان الا ابا ثور فانه لم يفرق في ذلك بين
الفطر والصوم كما فرق الشافعي وسبب اختلافهم اختلاف الآثار
في هذا الباب وتردد الخبر في ذلك بين ان يكون من باب الشهادة
او من باب العمل بالاحاديث التي لا يشترط فيها العدد اما
الآثار فمن ذلك ما خرجه ابو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب
انه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال الا اني جالست اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وسالتهم وانهم حدثوني ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم
عليكم فاتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وافطروا

ومنها

ومنها حديث ابن عباس انه قال جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال ابصرت الهلال الليلة فقال اتشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده
ورسوله قال نعم قال يا بلال اذن في الناس فليصوموا غدا خرجه الترمذي قال
وفي اسناده خلاف لانه رواه جماعة مرسلا ومنها حديث ربعي بن حراش
خرجه ابو داود عن ربعي بن حراش عن رجل من اصحاب النبي صلى الله عليه
وسلم قال اختلف الناس في آخر يوم من رمضان فقدم اعرابيان فشهدا عند النبي
صلى الله عليه وسلم لاهل الهلال امس عشية فامر رسول الله صلى الله عليه
وسلم الناس ان يفطروا وان يغدوا الى المصلى فذهب الناس في هذه الآثار
مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع بين حديث ابن عباس
وحديث ربعي بن حراش على ظاهرهما فاوجب الصوم بشهادة واحد
والفطر باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس اعني
تشبيه ذلك بالشهادة في الحقوق ويشبه ان يكون ابو ثور لم ير تعارضا
بين حديث ابن عباس وحديث ربعي بن حراش وذلك ان الذي في حديث
ربعي بن حراش انه قضى بشهادة اثنين وفي حديث ابن عباس انه قضى
بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الامرين جميعا لا ان ذلك تعارض
ولا ان القضاء الاول مختص بالصوم والثاني بالفطر فان القول بهذا انما
ينبني على توهم التعارض وكذلك يشبه ان لا يكون تعارض بين حديث
عبد الرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو

وهو ضعيف اذا عارضه النص فعندي ان قول ابي ثور على شذوذه وهو
اقيس مع ان تشبيهه الى اي باب اي هو اشبه من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة
اما ان نقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز ان يقاس عليها
واما ان نقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذي في الحقوق والشبه
الذي يعرض من قبل احد الخصمين فاشترط فيها العدد ليكون الظن اغلب
والميل الى احد جهة الخصمين اقوى ولم يتعد لذلك الا الى اثنين لئلا يعسر
قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية الهلال شبهة مخالفة يوجب
الاستظهار بالعدد ويشبه ان يكون الشافعي انما فرق بين هلال الفطر
وهلال الصوم للتهمة التي تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال
الصوم ومذهب ابي بكر بن المنذر هو مذهب ابي ثور واحسبه هو مذهب
اهل الظاهر وقد احتج ابو بكر بن المنذر لهذا المذهب بانعقاد الاجماع
على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب ان يكون
الامر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان
الصوم واذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يرها فهل يتعدى ذلك
من بلد الى بلد اعني هل يجب على اهل بلد ما اذا لم يروه ان ياخذوا في ذلك
برؤية بلد اخر ام لكل بلد رؤيته فيه خلاف فاما مالك فان ابن القاسم
والمصريين رووا عنه انه اذا ثبت عند اهل بلد ان اهل بلد ما اخر
راوا الهلال ان عليهم قضاء ذلك اليوم الذي افطروه وصاموه غير رؤيتهم وبه

قال الشافعي

قال الشافعي واحمد وروى المدنيون عن مالك ان الرؤية لا تلزم بالخبر غير
اهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية الا ان يكون الامام يحمل الناس على ذلك
وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من اصحاب مالك واجمعوا على انه لا يراعى
ذلك في البلدان النائية كالاندلس والحجاز والسبب في هذا الخلاف تعارض
الاثر والنظر اما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل
الاختلاف فيجب ان يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد
واما اذا اختلفت اختلافا كثيرا فليس يجب ان يحمل بعضها على بعض
واما الاثر فما رواه مسلم عن كريب ان ام الفضل بنت الحارث بعثته
الى معاوية بالشام قال فقدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل
علي رمضان وانا بالشام فرايت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة
في اخر الشهر فسالني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رايتم
الهلال فقلت رايته ليلة الجمعة فقال انت رايته قلت نعم وراه
الناس وصاموا وصام معاوية قال لكن رايناه ليلة السبت فلا نزال
نصوم حتى نكمل ثلاثين قال لكن رايناه ليلة او نراه فقلت الا تكتفي
برؤية معاوية فقال لا هكذا امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فظاهر
هذا الاثر يقتضي ان لكل بلد رؤيته قرب او بعد والنظر يعطي الفرق بين
البلاد النائية والقريبة وخاصة ما كان نائيا في الطول والعرض
كثيرا واذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيها الى شهادة فهذه المسالة
التي تتعلق بزمان الوجوب واما التي تتعلق بزمان الامساك

جانبهم انفعوا ان اخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى
الليل واختلفوا في اوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثاني المستطير
الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعني انه حده بالمستطير
ولظاهر قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر
وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذي يكون بعد الابيض وهو نظير
الشفق الاحمر وهو مروي عن حذيفة وابن مسعود وسبب هذا الخلاف
هو اختلاف الاثار في ذلك واشتراك اسم الفجر اعني انه يقال على الابيض
والاحمر واما الاثار التي احتجوا بها فمنها حديث زر عن حذيفة قال
تسحرت مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو اشاء ان اقول هو النهار
الا ان الشمس لم تطلع واخرج ابو داود عن قيس ابن طلق عن ابيه
انه عليه السلام قال كلوا واشربوا ولا يهيدنكم الساطع المصعد
فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال ابو داود هذا مما تفرد به
اهل اليمامة وهو شذوذ فان قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط الابيض
نص في ذلك او كالنص والذين راوا انه الفجر الابيض المستطير وهم
الجمهور والمعتمد اختلفوا في الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع
الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل
مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف
ان ما ظن انه لم يطلع قد كان طلع فمن قال الحد هو الطلوع
نفسه اوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه

قضاء

191

قضاء وسبب الخلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى وكلوا
واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر هل
على الامساك بالتبين نفسه او بالشيء المتبين لان العرب تتجوز
فتستعمل لاحق الشيء بدل الشيء على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود لانه اذا
تبين في نفسه تبين لنا فاذا اضاف التبين لنا هو الذي اوقع الخلاف
لانه قد يتبين في نفسه ويتبين ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب
تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه اعني
قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وال
وغيره فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم
المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز
ان يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة
للقول الاول ما في كتاب البخاري اظنه رواية قال النبي صلى الله عليه
وسلم كلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم فانه لا ينادي حتى يطلع
الفجر وهذا نص في موضع الخلاف وهو ايضا كالنص في قوله تعالى وكلوا
واشربوا الاية ومن ذهب الى انه يجب الامساك قبل الفجر فجريا على
الاحتياط وسد الذريعة وهو اورع والاول اقيس لكن الثاني
وهو الامساك واجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان

زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى فالآن باشروهن
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر
واختلفوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنطوق بها اما المسكوت
عنها احداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير
منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء
ولا يرد الجوف مثل ان يرد الدماغ ولا يرد المعدة والسبب في اختلافهم
هو قياس الغير مغذ على المغذي وذلك ان المنطوق به انما هو المغذي
فمن راى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذي بغير
المغذي ومن راى انه عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما
هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذي وغير المغذي وتحصيل
مذهب مالك انه يجب الامساك عما يصل الى الحلق من اي المنافذ
وصل مغذيا كان او غير مغذ واما ما عدا المأكول والمشروب
من المفطرات فكلهم يقولون ان من قبل فامنى افطر وان امذى لم يفطر
الا مالك واختلفوا في القبلة للصائم فمنهم من اجازها ومنهم
من كرهها للشاب واجازها للشيخ ومنهم من كرهها على
الاطلاق فمن رخص فيها فلما روي من حديث عائشة وام سلمة ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم ومن كرهها
فلما يدعو اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر

على كل

على كل حال واحتجوا بذلك بما روي عن ميمونة بنت سعد قالت سئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال افطرا جميعا خرج
هذا الاثر الطحاوي ولكن ضعفه واما ما يقع من هذه من قبل الغفلة ومن
قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المفطرات واحكامها واما ما اختلفوا
فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقيء اما الحجامة فان فيها ثلاثة
مذاهب قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال احمد
وداود والاوزاعي واسحاق بن راهوية وقوم قالوا انها مكروهة للصائم
وليست تفطر وبه قال مالك والشافعي والثوري وقوم قالوا انها غير
مكروهة ولا مفطرة وبه قال ابو حنيفة واصحابه وسبب اختلافهم
تعارض الاثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان احدهما ما روي
من طريق ثوبان ومن رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام افطر
الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان احمد يصححه والحديث الثاني حديث
عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو
صائم وحديث ابن عباس هذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين
ثلاثة مذاهب احدها مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث
مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم
الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال حديث ثوبان
وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح

عند كثير من العلماء على الرافع لأن الحكم إذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع
إلا بطريق يوجب العمل في رفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث
ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخا ويحتمل أن يكون منسوخا وذلك شك والشك
لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من يرى الشك
مؤثرا في المعلوم ومن رأى الجمع بينهما حمل حديث النهي على الكراهية
وحديث الاحتجام على رفع الحظر ومن أسقطهما للتعارض قال بإباحة
الاحتجام للصائم **وأما القيء** فإن جمهور العلماء على أن من ذرعه القيء فليس
بمفطر إلا ربيعة فإنه قال إنه مفطر وجمهورهم أيضا على أن من استقاء فإنه
مفطر إلا طاوس وسبب الاختلاف ما يتوهم من التعارض بين الأحاديث
الواردة في هذه المسألة واختلافهم أيضا في تصحيحها وذلك أنه
ورد في هذا الباب حديثان أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد
دمشق فقلت له إن أبا الدرداء حدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قاء فأفطر قال صدق أنا صببت له وضوءه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذي
والآخر حديث أبي هريرة خرجه الترمذي وأبو داود أيضا أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء وإن
استقاء فعليه القضاء وروي موقوفا عن ابن عمر فمن لم يصح
عنده الأثران كلاهما قال ليس فيه فطر أصلا ومن أخذ بظاهر حديث

ثوبان

ثوبان وصحح حديث أبي هريرة أوجب الفطر من القيء بإطلاق ومن لم
يفرق بين أن يستقيء أو لا يستقيء ومن جمع بين الحديثين وقال
حديث ثوبان مجمل وحديث أبي هريرة مفسر والواجب حمل المجمل
على المفسر فرق بين القيء والاستقاء وهو الذي عليه الجمهور
الركن الثالث وهو النية والنظر في النية في مواضع منها هل هي شرط
في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وإن كانت شرطا فما الذي يجزئ
من تعيينها وهل يجب تجديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك
النية الواقعة في اليوم الأول وإذا أوقعها المكلف ففي أي وقت إذا أوقعها
فيه صح صومه وإذا لم يوقعها فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر
وإن لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية
شرطا في صحة الصيام فإنه قول الجمهور وشذ زفر فقال لا يحتاج رمضان
إلى نية إلا أن يكون الذي يدركه صيام رمضان مريضا أو مسافرا فيريد
الصوم والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق إلى الصوم هل هو
عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة فمن رأى أنها غير معقولة المعنى
أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى إذا أمسك
وإنما لم ينو لكن تخصيص زمن رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه
ضعف فكأنه رأى أن أيام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى أن كل صوم
يقع فيها ينقلب صوما شرعيا فإن هذا شيء يخص هذه الأيام

واما اختلافهم في تعيين النية المجزية في ذلك فان مالكا قال في ذلك لابد من
تعيين صوم رمضان ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقا ولا اعتقاد صوم
معين غير صوم رمضان وقال ابو حنيفة ان اطلق الصوم اجزاه وكذلك ان نوى
فيه غير صيام رمضان اجزاه وانقلب الى صيام رمضان لم يجب عليه صيام
رمضان وجوبا معينا ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالوا كل
صوم نوي في رمضان انقلب الى رمضان وسبب اختلافهم هل الكافي
في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها
وذلك ان كلا الامرين موجود في الشرع مثال ذلك ان النية في الوضوء يكفي
منها اعتقاد رفع الحدث لاي شيء كان من العبادات التي الوضوء شرط في صحتها
وليس يختص عبادة بوضوء وضوء واما الصلاة فلابد من تعيين شخص
الصلاة ان عصرا فعصرا وان ظهرا فظهرا وهذا كله على المشهور عند
العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن الحقه بالجنس
الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن الحقه بالجنس الثاني اشترط
تعيين الصوم واما اختلافهم ايضا اذا نوى في ايام رمضان صوما اخر هل
ينقلب ام لا ينقلب فسببه ايضا ان من العبادات عندهم ما ينقلب من قبل
ان الوقت الذي يوقع فيه مختص بالعبادة التي ينقلب اليه ومنها
ما ليس ينقلب اما التي لا تنقلب فاكثرها واما التي تنقلب باتفاق
فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدا الحج تطوعا من وجب عليه الحج

انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن
شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب
واما اختلافهم في وقت النية فان مالكا رأى انه لا يجزئ الصيام الا بنية
قبل الفجر وذلك في جميع انواع الصوم وقال الشافعي تجزئ النية بعد
الفجر في النافلة ولا تجزئ في الفروض وقال ابو حنيفة تجزئ النية بعد الفجر
في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر ايام محدودة
وكذلك في النافلة ولا يجزئ في الواجب في الذمة والسبب في اختلافهم
تعارض الآثار في ذلك اما الآثار المتعارضة فاحدها ما خرجه البخاري
عن حفصة انه قال عليه السلام من لم يبيت الصيام فلا صيام له
رواه مالك موقوفا عن حفصة عن ابن عمر قال ابو عمر حديث حفصة
في اسناده اضطراب والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لي
رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم يا عائشة هل عندكم شيء قالت قلت
يا رسول الله ما عندنا شيء قال فاني صائم ولحديث معاوية انه
قال على المنبر يا اهل المدينة اين علماؤكم سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لهذا اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب
علينا صيامه وانا صائم فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب
مذهب الترجيح اخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع
فرق بين النفل والفرض اعني حمل حفصة على الفرض وحديث عائشة

ومعاوية على الفعل وانه فرق ابو حنيفة بين الواجب المعين والواجب
في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية في التعيين
والذي في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان يتعين بالنية وجمهور
الفقهاء على انه ليس الطهارة من الجنابة شرطا في صحة الصوم لما ثبت
من حديث عائشة وام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انهما
قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من جماع غير
احتلام في رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على ان الاحتلام بالنهار
لا يفسد الصوم وروي عن ابراهيم النخعي وعروة بن الزبير وطاوس ومن
انه ان تعمد ذلك افسد صومه وسبب اختلافهم ما روي عن ابي هريرة
انه كان يقول من اصبح جنبا في رمضان افطر وروي انه قال ما انا قلته
محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون
من اصحاب مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فاخرت الغسل
ان يومها يوم فطر واقاويل هؤلاء اقاويل شاذة ومردودة
بالسنن المشهورة الثابتة القسم الثاني من الصوم المفروض وهذا
الكلام في الفطر واحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة اقسام صنف
يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه على اختلاف
في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز لهم الامران فاما المريض باتفاق
واما المسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير

وهذا كله

وهذا كله مجمع عليه فاما المسافر والمريض ففيه مواضع منها هل ان
صام اجزاه صومه ام ليس يجزيه وهل ان كان يجزئ المسافر الصوم
افضل له الصوم او الفطر او هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز
له هو في السفر محدود ام في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع
اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمسك وهل اذا مر بعض الشهر له
ان ينشئ السفر ام لا ثم اذا افطر ما حكمه واما المريض ففيه
ايضا في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر اما المسألة
الاولى وهي ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه ام لا
فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه واجزاه
وذهب اهل الظاهر الى انه لا يجزيه وان فرضه هو ايام اخر والسبب
في اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من
ايام اخر بين ان يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف اصلا او يحمل
على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من ايام اخر وهذا الحذف في الكلام
هو الذي يعرفه اهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل الاية على
الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من ايام
اخر لقوله تعالى فعدة من ايام اخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام
اخر اذا افطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالآثار الشاهدة لكلا
المفهومين وان كان الاصل هو ان يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل

الدليل على المجاز اما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث
انس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعب الصائم على
المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه ايضا انه قال كان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر
بعضهم واهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ
الكديد ثم افطر فافطر الناس وكانوا ياخذون بالاحدث فالاحدث
من امر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ
الصوم وقال ابو عمر والحجة على اهل الظاهر اجماعهم ان المريض
ان صام اجزاه صومه واما المسالة الثانية وهي هل الصوم افضل
او الفطر اذا قلنا انه من اهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا في
ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم راى الصوم افضل وممن قال
بهذا القول مالك وابو حنيفة وبعضهم راى الفطر افضل وممن قال
بهذا القول احمد وجماعة وبعضهم راى ان ذلك على التخيير وانه ليس
احدهما افضل والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لبعض
ظواهر المنقول ومعارضة المنقول بعضه بعضا وذلك ان المعنى المعقول
من اجازة الفطر للصائم انما هو للرخصة لمكان رفع المشقة عنه وما
كان رخصة فالافضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة

ابن عمرو

ابن عمرو الاسلمي خرجه مسلم انه قال يا رسول الله اجد بي قوة على الصوم في السفر
فهل علي من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هي رخصة من الله فمن اخذ بها
فحسن ومن احب ان يصوم فلا جناح عليه واما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام
ليس من البر ان تصوموا في السفر ومن راى ان اي فعله كان الفطر فيه نعم
ان الفطر افضل لكن الفطر لما كان ليس حكما وانما هو من قبل المباح عسر على الجمهور
ان يضعوا المباح افضل من الحكم واما من خير فذلك لمكان حديث عائشة قالت
سال حمزة بن عمرو الاسلمي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال
ان شئت فصم وان شئت فافطر خرجه مسلم واما المسالة الثالثة وهي هل
الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود او غير محدود فان العلماء اختلفوا
فيها فذهب الجمهور الى انه انما يفطر في السفر الذي تقصر فيه الصلاة وذلك
على حسب اختلافهم في هذه المسالة وذهب قوم الى انه يفطر في كل ما ينطلق
عليه اسم سفر وهم اهل الظاهر والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ
المعنى وذلك ان ظاهر اللفظ ان كل ما ينطلق عليه اسم مسافر فله ان يفطر
لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر واما المعنى المعقول
من اجازة الفطر في السفر فهو المشقة فلما كانت لا توجد في كل سفر وجب
ان يجوز الفطر في السفر الذي فيه مشقة ولما كان الصحابة كلهم مجمعون على الحد
في تقصير الصلاة واما المرض الذي يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه
ايضا فذهب قوم الى انه المرض الذي يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة
وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال احمد

وقال قوم إذا انطلق عليه اسم المرض أفطر وسبب اختلافهم هو بعينه سبب
اختلافهم في حد السفر وأما المسألة الرابعة وهي متى يفطر المسافر ومتى
يمسك فإن قوما قالوا يفطر يومه الذي خرج فيه مسافرا وبه قال الحسن والشعبي
وأحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الأمصار واستحب جماعة
العلماء لمن علم أنه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم
في ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا كفارة
واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعي إلى
أنه يتمادى على فطره وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الأكل وكذلك
الحائض عنده تطهر تكف عن الأكل والسبب في اختلافهم اختلافهم في
الوقت الذي يفطر فيه المسافر وهو معارضة الأثر للنظر وذلك أنه ثبت من
حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد
ثم أفطر وأفطر الناس معه وظاهر هذا أنه أفطر بعد أن بيت الصوم وأما
الناس فلا شك أنهم أفطروا بعد تبييت الصوم وفي هذا المعنى أيضا
حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح
إلى مكة فصام حتى بلغ كراع الغميم فصام وصام الناس ثم دعا بقدح من ماء
فرفعه فنظر الناس إليه ثم شرب فقيل له بعد ذلك إن بعض الناس قد
صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي بصرة الغفاري
أنه قال لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوي الحديث فقلت
ألست ترى البيوت قال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

جعفر

جعفر فأكل وأما النظر فلما كان المسافر لا يجوز له إلا أن يبيت الصوم
ليلة سفره لم يجز له أن يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى ولا تبطلوا
أعمالكم وأما اختلافهم في إمساك الحائض في أثناء النهار عن الأكل أو عدم
الإمساك فالسبب فيه اختلافهم في تشبيهه لمن يطرأ عليه
في يوم شك أفطر فيه ثم ثبت أنه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الأكل
ومن لم يشبهه به قال لا يمسك لأن الأول أكل لموضع الجهل وهذا أكل
بسبب موجب للأكل والحنفية تقول كلاهما شيئان موجبان
للأكل بعد إباحة الأكل وأما المسألة الخامسة وهي هل يجوز
للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه فالجمهور
على أنه يجوز ذلك له وروي عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد
بن غفلة وأبو مجلز أنه إن سافر فيه صام ولم يجز له الفطر والسبب
في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه و
ذلك أنه يحتمل أن يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه أن
يصومه ويحتمل أن يفهم منه أن من شهده أن الواجب عليه أن يصوم ذلك
البعض الذي شهده وذلك أنه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهده كله
فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور
إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر
إذا أفطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى فعدة من أيام أخر

ما عدا المريض بإغماء أو جنون فإنهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه
وفقهاء الأمصار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا في المجنون فمذهب
مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام
وعن المجنون حتى يفيق والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون
الإغماء والجنون مفسدا للصوم فقوم قالوا إنه مفسد وقوم قالوا
ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون أغمي عليه بعد الفجر أو قبل
الفجر وقوم قالوا إن أغمي عليه بعد مضي أكثر النهار أجزأه وإن أغمي
عليه أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فإن
الإغماء والجنون صفتان ترتفع بهما التكليف وخاصة الجنون
وإذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال في الصفة
التي ترفع التكليف إنها مبطلة للصوم إلا كما يقال في الميت إنه قد بطل
صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان
ما عليهما متتابعا أم لا ومنها ماذا عليهما إذا أخرا القضاء لغير
عذر إلى أن يدخل رمضان آخر ومنها إذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم
عنهما وليهما أو ليس يصوم المسألة الأولى فإن بعضهم أوجب أن يكون
القضاء متتابعا على صفة الأداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم
من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك إيجاب التتابع
وسبب اختلافهم تعارض ظاهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس

يقتضي أن يكون القضاء على صفة الأداء أصل ذلك الصلاة والحج وأما
ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فإنما يقتضي إيجاب العدد فقط
لا إيجاب التتابع وروي عن عائشة أنها قالت نزلت فعدة من أيام أخر
متتابعات فسقطت متتابعات وأما إذا أخر القضاء حتى دخل رمضان
آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه
قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري
وإبراهيم النخعي وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على
بعض أم لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال إنما عليه القضاء
فقط ومن أجاز القياس في الكفارات قال عليه الكفارة قياسا على من أفطر متعمدا
لأن كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فبترك القضاء زمان القضاء
وأما ذلك فبالأكل في يوم لا يجوز فيه الأكل وإنما يكون القياس مستندا
لو ثبت أن للقضاء زمانا محدودا بنص من الشارع لأن أزمنة الأداء هي
المحدودة في الشرع وقد شذ قوم فقالوا إذا اتصل مرض المريض حتى يدخل
رمضان آخر إنه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما إذا مات وعليه صوم
صوم فإن قوما قالوا لا يصوم أحد عن أحد وقال قوم يصوم عنه وليه والذين
لم يوجبوا الصيام قال بعضهم يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال
بعضهم لا صيام ولا إطعام إلا أن يوصي به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة
يصوم فإن لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا
يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم عنه في الصيام المفروض والسبب

في اختلافهم معارضة القياس للأثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة
انه قال عليه الصلاة والسلام من مات وعليه صيام صام عنه وليه خرجه
مسلم وثبت عنه من حديث ابن عباس انه قال جاء رجل الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله ان امي ماتت وعليها صوم شهر افأقضيه
عنها فقال لو كان على امك دين اكنت قاضيه قال نعم قال فدين الله
احق بالقضاء فمن رأى ان الاصول تعارضه وذلك انه كما لا يصلي احد عن احد
ولا يتوضأ احد عن احد كذلك لا يصوم احد عن احد قال لا صيام على الولي
ومن اخذ بالنص في ذلك قال بايجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص
في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه
في رمضان واما من اوجب الاطعام فمصيرا الى قراءة من قرأ وعلى الذين
يطيقونه فدية ومن خير في ذلك فجمعا بين الاية والاثر فهذه احكام المسافر
والمريض من الصنف الذي يجوز لهم الفطر والصوم واما باقي هذا الصنف
وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسألتين مشهورتين
احداهما الحامل والمرضع اذا افطرتا ماذا عليهما وهذه المسألة
للعلماء فيها اربعة مذاهب احدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو
مروي عن عمر وابن عباس والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا اطعام
عليهما وهو مقابل الاول وبه قال ابو حنيفة واصحابه وابو عبيدة وابو
ثور وقال قوم يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي والقول الرابع ان الحامل
تقضي والمرضع تقضي وتطعم وسبب اختلافهم تردد شبههما بين

الذي

الذي يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما
القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجهده الصوم قال الاطعام فقط بدليل
قراءة من قرأ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين واما من جمع عليهما
الامرين فيشبه ان يكون رأى ان فيهما من كل واحد شبها فقال عليهما
القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما
من شبه الذين يجهدهم الصيام ويشبه ان يكون شبههما بالمفطر الصحيح
لكن يضعف هذا فان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع الحق
الحامل بالمريض وابقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذي
يجهده الصوم او شبهها بالصحيح ومن افرد لهما احد الحكمين اولى والله
اعلم ممن جمع كما ان من افرد لهما القضاء اولى ممن افرد لهما الاطعام
فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فانه بين واما الشيخ الكبير
الذي يقدر على الصيام والعجوز فانهم اجمعوا على ان لهما ان يفطرا واختلفوا فيما
عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما الاطعام وقال قوم ليس عليهما الاطعام
وقال قوم ليس عليهما الاطعام وبالاول قال الشافعي وابو حنيفة وبالثاني
قال مالك الا انه استحبه واكثر من رأى الاطعام عليهما يقول مد عن كل
يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان انس يصنع اجزاه وسبب اختلافهم
اختلافهم في القراءة التي ذكرنا اعني قراءة من قرأ وعلى الذين يطيقونه
فمن اوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف اذا وردت من طريق الاحاد
العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض

الذي يتمادى به المرض حتى يموت فهذه احكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم
الفطر اعني احكامهم المشهورة التي اكثرها منطوق بها او لها تعلق به في الصنف
الذي يجوز له الفطر واما النظر في احكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر اذا افطر
فان النظر في ذلك يتوجه الى ما يفطر بالجماع والى ما لا يفطر بالجماع والى
ما يفطر بامر متفق عليه والى ما يفطر بامر مختلف فيه اعني بشبهة او بغير
شبهة وكل واحد من هذين اما ان يكون على طريق السهو او على طريق
العمد او على طريق الاختيار او على طريق الاكراه اما من افطر بجماع متعمدا
في رمضان فان الجمهور على ان الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من
حديث ابي هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
هلكت يا رسول الله قال وما اهلكك قال وقعت على امراتي في رمضان قال
هل تجد ما تعتق به رقبة قال لا قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين
متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا قال لا ثم جلس فاوتي
النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال على افقر منا
فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا فضحك النبي صلى الله عليه وسلم
حتى بدت انيابه قال اذهب فاطعمه اهلك واختلفوا من ذلك في مواضع منها
هل الافطار متعمدا بالاكل حكمه حكم الافطار بالجماع في القضاء والكفارة
ام لا ومنها اذا جامع ساهيا ماذا عليه ومنها ماذا على المراة اذا لم تكن
مكرهة ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مرتبة او على التخيير ومنها كم
المقدار الذي يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام ومنها هل

الكفارة متكررة بتكرر الجماع ام لا ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسرا هل
يلزمه الاطعام اذا ايسر وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمدا بالجماع
الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الامر عزمة في هذا
الحديث لانه لو كانت عزمة لوجب اذا لم يستطع على الاعتاق او الاطعام
ان يصوم ولا بد اذا كان صحيحا على ظاهر الحديث وايضا لو كان عزمة لاعلمه
انه اذا صح يجب عليه الصيام ان لو كان مريضا وكذلك شذ قوم فقالوا
ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب
بالكتاب انما هو لمن افطر ممن يجوز له الفطر ومن لا يجوز له الصوم على
الاختلاف في ذلك فاما من افطر متعمدا فليس في ايجاب القضاء عليه نص
فيلحق في قضائه المتعمد الخلاف الذي يلحق في قضاء تارك الصلاة عمدا الا ان
الخلاف في هاتين المسالتين شاذ واما الخلاف المشهور ففي المسائل
التي عددناها قبل اما المسالة الاولى وهي هل تجب الكفارة بالافطار
بالاكل والشرب متعمدا فان مالكا واصحابه وابا حنيفة واصحابه والثوري
وجماعة ذهبوا الى ان من افطر متعمدا بالاكل او شرب ان عليه القضاء والكفارة
المذكورة في هذا الحديث وذهب الشافعي واحمد واهل الظاهر الى ان
الكفارة انما تلزم في الافطار من الجماع فقط والسبب في اختلافهم اختلافهم
في جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن راى ان
شبههما فيها واحد وهو انتهاك الحرمة جعل حكمهما واحدا ومن راى
انه ان كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها اشد مناسبة للجماع

منها الغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوقع لما
اليه النفس اميل وهو لما اغلب من الجنايات وان كانت الجنايات متفاوتة
اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وان يكونوا اخيارا عدولا
كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون
قال فهذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس
واما من لا يرى القياس فامره بين انه ليس يعدي حكم الجماع الى الاكل والشرب
واما ما روي عن مالك في الموطا ان رجلا افطر في رمضان فامره النبي صلى الله عليه
وسلم بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوي افطر هو مجمل والمجمل
ليس له عموم فيوخذ به لكن هذا قول على ان الراوي كان يرى ان الكفارة كانت
لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذي
افطر به واما المسالة الثانية وهي اذا جامع ناسيا لصومه فان الشافعي
وابا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون
الكفارة وقال احمد واهل الظاهر عليه القضاء والكفارة وسبب اختلافهم
في قضاء الناسي معارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس اما القياس فهو تشبيه
ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي الصلاة اوجب عليه القضاء
كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة واما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس
فهو ما خرجه البخاري رحمه الله ومسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من نسي وهو صائم فاكل او شرب فليتم صومه فانما
اطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام

رفع

رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم
فيمن ظن ان الشمس قد غربت فافطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه
قضاء ام لا وذلك ان هذا مخطئ والمخطئ والناسي حكمهما واحد فكيف
ما قلناه من تاثير النسيان في القضاء بين والله اعلم وذلك انا ان قلنا ان الاصل
هو ان لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب ان يكون النسيان
لا يوجب القضاء في الصوم الا بدليل ههنا على ذلك بخلاف الامر في الصلاة
وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن
الناسي فقد دل الدليل في حديث ابي هريرة برفعه عن الناسي اللهم الا ان يقول
قايل ان الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع
عن تاركيها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء
بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بامر متجدد واما من اوجب
القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف فان تاثير النسيان في اسقاط
العقوبات بين في الشرع والكفارة من نوع العقوبات وانما اصارهم الى
ذلك اخذهم بمجمل الصفة المنقولة في الحديث اعني من انه لم يذكر فيه انه
جعل ذلك عمدا ولا ناسيا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا
لم يجعل اصله في هذا مع ان النص انما جاء في المتعمد وقد كان يجب لهم ههنا
على اهل الظاهر ان ياخذوا بالمتعمد وقد كان يجب لهم ههنا على اهل
الظاهر بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العامد الى ان يدل الدليل
على ايجابها على الناسي او ياخذون بعموم قوله عليه الصلاة والسلام

رفع عن امتي الخطا والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولاكن كلا القولين يغيض
لم يبلغ اصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الاعرابي حجة ومن قال من اهل
الاصول ان ترك التفسير في اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم في الاقوال
فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على معين وانما الاجمال في حقنا
واما المسالة الثانية وهل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار
او على التخيير واعني بالترتيب ان لا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات
المخيرة الا بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير ان يفعل منها ما شاء ابتداء
من غير عجز عن الاخر فانهم ايضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وابو حنيفة
والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق اولا فان لم يجد فالصيام
فان لم يستطع فالاطعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم
مع ذلك انه يستحب الاطعام اكثر من العتق ومن الصيام وسبب اختلافهم
في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الاحاديث في ذلك والاقيسة وذلك
ان حديث الاعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله عليه
الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من
ان رجلا افطر في رمضان فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتق
رقبة او يصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكينا انها على التخيير
اذ او انما يقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي الصاحب
اذ كانوا هم اقعد بمفهوم الاحوال ودلالات الاقوال والاقيسة المتعارضة
في ذلك فيشبهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها

اشبه

اشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين واخذ الترتيب من الحكاية اقعد
الراوي واما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فانه مخالف لظواهر
الاثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه راى الصيام قد وقع بدله
الاطعام في مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من
قرا وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحب هو وجماعة
من العلماء لمن مات وعليه صوم ان يكفر بالاطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح
القياس الذي تشهد له الاصول على الاثر الذي لا تشهد له الاصول واما
المسالة الرابعة وهو اختلافهم في مقدار الاطعام فان مالكا والشافعي
واصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم
وقال ابو حنيفة واصحابه لا يجزي اقل من مدين بمد النبي صلى الله عليه
وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين وسبب اختلافهم معارضة القياس
للاثر اما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها
واما الاثر فما روي في بعض طرق حديث الكفارة ان العرق كان فيه خمسة عشر
صاعا لكنه ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل
مسكين فيه الا دلالة ضعيفة وانما يدل على ان الاطعام في هذه الكفارة
هو هذا القدر واما المسالة الخامسة في وجوب الكفارة على المراة اذا طاوعته
على الجماع فان ابا حنيفة واصحابه ومالكا واصحابه اوجبوا عليها الكفارة
وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر

الأثر للقياس وذلك أنه لم يأمر المرأة عليه الصلاة والسلام في الحديث بكفارة و
القياس أنها مثل الرجل إذ كان كلاهما مكلفا والمسألة السادسة وهي تكرر
الكفارة لتكرر الإفطار فإنهم أجمعوا على أن من وطئ في رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم
آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا على أنه من وطئ مرارا في يوم واحد أنه ليس عليه
إلا كفارة واحدة واختلفوا فيمن وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان
فقال مالك والشافعي وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال أبو حنيفة و
أصحابه عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجماع الأول والسبب في اختلافهم
تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزئ في ذلك
عن الأفعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وإن زنى ألف مرة إذا لم يحد
لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الأيام حكما منفردا
بنفسه في هتك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما
أن الكفارة فيها نوع من العبادة والحدود زجر محض وأما المسألة
السابعة وهي هل يجب عليه الإطعام إذا أيسر وكان معسرا في وقت
الوجوب فإن الأوزاعي قال لا شيء عليه إن كان معسرا وأما الشافعي
فتردد في ذلك والسبب في الاختلاف في ذلك أنه حكم مسكوت عنه فيحتمل
أن يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه في وقت الإثراء ويحتمل أن يقال
لو كان واجبا عليه لبينه النبي صلى الله عليه وسلم فهذه أحكام من
أفطر متعمدا في رمضان مما أجمع على أنه مفطر فصل وأما من أفطر

بما هو

163

بما هو مختلف فيه فإن بعضهم أوجب فيه القضاء والكفارة
وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن
الاستقاء ومن بلع الحصاة ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عازما على
أنه ليس له أن يفطر في ذلك اليوم فإن مالكا أوجب فيه القضاء والكفارة
وخالفه في ذلك فقهاء الأمصار وجمهور أصحابه وأما من أوجب القضاء والكفارة
من الاستقاء فأبو ثور والأوزاعي وسائر من يرى أن الاستقاء مفطر لا يوجبون
إلا القضاء فقط والذي أوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين
بأن الحجامة تفطر وهو عطاء وحده وسبب هذا الخلاف أن المفطر بشيء
فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب أحد التشبيهين
أوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان يوجدان فيه هما اللذان أوجبا فيه
الخلاف أعني هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الإفطار شبهة لا يوجب
الكفارة عند الجمهور وإنما يوجب القضاء فقط نزع أبو حنيفة إلى أنه من
أفطر متعمدا للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر أنه لا كفارة
عليه كالمرأة تفطر عمدا ثم تحيض باقي النهار وكالصحيح يفطر عمدا ثم
يمرض والحاضر يفطر عمدا ثم يسافر فمن اعتبر الأمر في نفسه أعني أنه
أفطر في يوم جاز له الإفطار فيه لم يوجب عليه الكفارة وذلك أن كل واحد
من هؤلاء قد كشف له الغيب أنه أفطر في يوم جاز له الإفطار فيه ومن

اعني الاستهانة بالشرع اوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم
بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك
القضاء فقط على من اكل وهو شاك في الفجر ولا يجب عليه القضاء والكفارة على من
اكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور
على انه ليس في الفطر عمدا في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان
الاداء اعني رمضان الا قتادة فانه اوجب عليه القضاء والكفارة
وروي عن ابن القاسم وابن وهب ان عليه يومين قياسا على الحج
الفاسد واجمعوا على ان من سنن الصوم تاخير السحور وتعجيل
الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام لا يزال الناس بخير ما عجلوا
الفطر وقال تسحروا فان في السحور بركة وقال فصل ما بين صيامنا
وصيام اهل الكتاب اكلة السحر وكذلك جمهورهم على ان من سنن الصوم
ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا لقوله عليه الصلاة والسلام
انما الصوم جنة فاذا اصبح احدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه
فليقل اني صائم وذهب اهل الظاهر الى ان الرفث يفطر
وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل
وهذا اوان القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب
كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه والنظر في الصيام

المندوب

المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة وفي حكم الافطار فيه فاما الايام
التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول منها فانها على ثلاثة
اقسام ايام مرغب فيها وايام منهي عنها وايام مسكوت عنها ومن هذه ما هو
مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه اما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم
عاشوراء واما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغر من
كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر اما صيام يوم
عاشوراء فلانه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم صيامه وامر
بصيامه وقال من كان اصبح صائما فليتم صومه ومن اصبح مفطرا فليتم
بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع او العاشر والسبب في ذلك
اختلاف الاثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رايت هلال المحرم
فاعدد واصبح يوم التاسع صائما قال قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه
وسلم يصومه قال نعم وروي انه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم عاشوراء وامر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم تعظمه اليهود و
النصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله
صمنا اليوم التاسع قال فلم يات العام المقبل حتى توفي رسول الله
صلى الله عليه وسلم واما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي صلى الله عليه
وسلم افطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية
والاتية ولذلك اختلف الناس في ذلك واختار الشافعي الفطر فيه للحاج
وصيامه لغير الحاج جمعا بين الاثرين وخرج ابو داود ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة واما الست من شوال فانه

ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم أتبعه ستا من
شوال كان كصيام الدهر إلا أن مالكا كره ذلك إما مخافة أن يلحق الناس برمضان
ما ليس من رمضان وإما لأنه لم يبلغه الحديث وهو الأظهر وكذلك كره مالك
تحري صيام الغر مع ما جاء فيها من الأثر مخافة أن يظن الجاهل بها أنها
واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر
ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما أكثر
الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال [illegible] فقلت يا رسول الله
إني أطيق أكثر من ذلك قال خمسا قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك
قال خمسا قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال سبعا قلت
يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال تسعا قلت يا رسول الله
إني أطيق أكثر من ذلك قال إحدى عشرة قلت يا رسول الله إني أطيق
أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام لا صوم فوق صوم داود شطر
الدهر صيام يوم وإفطار يوم وخرج أبو داود أنه كان يصوم يوم الاثنين
والخميس وثبت أنه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان وأن
أكثر صيامه كان في شعبان وأما الأيام المنهي عنها فمنها أيضا
متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر
ويوم الأضحى لثبوت النهي عن صيامهما وأما المختلف فيها فأيام
التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من
شعبان وصيام الدهر أما أيام التشريق فإن أهل الظاهر لم يجيزوا
الصوم فيها وقوم أجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال

مالك

مالك إلا أنه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم وهو المتمتع وبعد الأيام
هي الثلاثة التي بعد يوم النحر والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة
والسلام فيها إنها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب أو على الندب فمن حمله
على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه
أن يكون من حمله على الندب قال الصوم إنما صار إلى ذلك على الأصل الذي هو
حمله على الوجوب لأنه رأى أن حمله على الوجوب عارضه حديث أبي سعيد الثابت
بدليل الخطاب وهو أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لا يصلح صيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضي
أن ما عدا هذين اليومين يصح فيه الصيام وإلا كان تخصيصهما عبثا لا فائدة
فيه وأما يوم الجمعة فإن قوما لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وجماعة
وقوم كرهوا صيامه إلا أن يصام قبله أو بعده والسبب في اختلافهم اختلاف
الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان
يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم جمعة
ومنها حديث جابر أن سائلا سأل جابرا أسمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم ينهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم
ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصوم أحدكم
يوم الجمعة إلا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه مسلم فمن أخذ بظاهر حديث
ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه
مطلقا ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعني حديث جابر وحديث
أبي هريرة وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم

الشك على انه من رمضان لمخالفة الاحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم
بالروية او بالعدد الا ما حكيناه عن ابن عمر واختلفوا في تحري صيامه تطوعا
فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم
ومن اجازه فلانه قد روي انه عليه الصلاة والسلام صام شعبان كله ولما قد روي
من انه عليه الصلاة والسلام قال لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين الا ان يوافق
ذلك صوما كان يصومه احدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول انه ان صامه
على انه من رمضان ثم جاء الثبت انه من رمضان اجزاه وهذا ابتناء على ان النية
تقع بعد الفجر في التحول من نية التطوع الى نية الفرض واما يوم السبت فالسبب
في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روي من انه عليه الصلاة والسلام قال
لا تصوموا يوم السبت الا فيما افترض الله عليكم خرجه ابو داود وقال والحديث
منسوخ نسخه حديث جويرية بنت الحارث ان النبي صلى الله عليه وسلم
دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال اصمت امس فقالت لا فقال اتريدين
ان تصومي غدا قالت لا قال فافطري واما صيام الدهر فانه ثبت النهي عن ذلك
لكن لم ير مالك خوف الضعف والمرض واما صيام النصف الاخر من شعبان
فان قوما كرهوه وقوما اجازوه فمن كرهه فلما روي انه عليه الصلاة والسلام
قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن اجازه فلما روي عن ام
سلمة قالت ما رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين
الا شعبان ورمضان ولما روي عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقرن شعبان برمضان وهذه الاثار خرجها الطحاوي واما
الركن الثاني وهو النية فلا اعلم ان احدا لم يشترط النية في صوم التطوع

وانما اختلفوا

وانما اختلفوا في وقت النية كما تقدم واما الركن الثالث وهو الامساك فهو
بعينه الامساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذي هناك لاحق هاهنا
واما حكم الافطار في التطوع فانهم اجمعوا على انه ليس على من دخل في صيام التطوع
فقطعه لعذر قضاء واختلفوا اذا قطعه لغير عذر عامدا فاوجب مالك وابو حنيفة
عليه القضاء وقال الشافعي وجماعة ليس عليه قضاء والسبب في اختلافهم
اختلاف الاثار في ذلك وذلك ان مالكا روى ان حفصة وعائشة زوجي النبي صلى الله
عليه وسلم اصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدي لهما طعام فافطرتا عليه
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث ام هانئ
قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله
صلى الله عليه وسلم وام هانئ عن يمينه قالت فجاءت وليدة باناء فيه شراب
فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هانئ فشربت منه فقالت يا رسول الله لقد افطرت
وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيئا قالت لا قال فلا يضرك
ان كان تطوعا واحتج الشافعي في هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت انا خبانا لك حيسا فقال اما اني كنت اريد
الصوم ولكن قربيه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولاختلافهم ايضا في هذه
المسالة سبب اخر وهو تردد صوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع
وذلك انهم اجمعوا على ان من دخل في الحج والعمرة متطوعا فخرج منهما ان عليه
القضاء واجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت
وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبه الصلاة منه بالحج لان الحج له حكم

خاص في هذا المعنى وهو انه يلزم المفسر له التعيين فيه الى آخره واذا افطر في التطوع
ناسيا فالجمهور على ان لا قضاء عليه وقال ابن علية القضاء قياسا على الحج
ولعل مالكا حمل حديث ام هانئ على النسيان وحديث ام هانئ خرجه ابو داود
وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذي ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة
بعينه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع
واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ما روي عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة
الا يوفي بشرطه وهو في رمضان اكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر اذ كان
ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل
مخصوص في موضع مخصوص في زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة
فاما العمل الذي يخصه ففيه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله تعالى وقراءة
القرآن لا غير ذلك من اعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع
اعمال البر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب الاول
يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى هذا المذهب الآخر لا وهذا هو
مذهب الثوري والاول مذهب الشافعي وابي حنيفة وسبب اختلافهم
ان ذلك شيء مسكوت عنه اعني انه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم
من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز له
الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخروية كلها
اجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروي عن علي رضي الله تعالى عنه قال من اعتكف

فلا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنازة وليوص اهله اذا كانت له
حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروي عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة
للمعتكف ان لا يشهد جنازة ولا يعود مريضا وهذا ايضا احد ما يوجب الاختلاف في
هذا المعنى واما المواضع التي يكون فيها الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقوم
قالوا لا اعتكاف الا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد
النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال
آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبه قال الشافعي وابو حنيفة والثوري
وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف الا في مسجد فيه جمعة
وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد
الا ما ذهب اليه ابن لبابة من انه يصح في غير المسجد وان مباشرة النساء انما
تحرم على المعتكف اذا اعتكف في المسجد الا ما ذهب اليه ابو حنيفة ان المرأة
انما تعتكف في مسجد بيتها وسبب اختلافهم في اشتراط المساجد او ترك اشتراطها
هو الاحتمال الذي في قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد بين ان يكون
له دليل خطاب ام لا يكون له فمن قال له دليل الخطاب قال لا اعتكاف الا في مسجد
وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال انه ليس له دليل خطاب قال
المفهوم منه ان الاعتكاف جائز في غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلا
لو قال لا تعط فلانا شيئا اذا كان داخلا في الدار لكان مفهوم دليل الخطاب
يوجب ان يعطيه اذا كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان العكوف
انما اضيف الى المساجد لانها من شرطه واما سبب اختلافهم في تخصيص بعض
المساجد او تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجح العموم
قال في كل مسجد على ظاهر الآية ومن انقدح له تخصيص بعض المساجد

من ذلك العموم للقياس اشترط ان يكون مسجدا فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف
بالخروج الى الجمعة او مسجدا يشد له المطي مثل مسجد النبي صلى الله عليه
وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليها اذ كانت
غير مساوية له في الحرمة واما سبب اختلافهم في اعتكاف المراة فمعارضة
القياس ايضا للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب ازواج النبي
صلى الله عليه وسلم استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف
في المسجد فاذن لهن حتى ضربن اخبيتهن فيه فكان هذا الاثر دليلا على جواز
اعتكاف المراة في المسجد واما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف
على الصلاة انه لما كانت صلاة المراة في بيتها افضل منها في المسجد على ما
جاء في الخبر وجب ان يكون الاعتكاف في بيتها افضل قالوا وانما يجوز للمراة
ان تعتكف في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الاثر من اعتكاف ازواجه
عليه الصلاة والسلام معه كما يسافرن معه ولا تعتكف في مسجد دارها وكانه
نحو من الجمع بين القياس والاثر واما زمان الاعتكاف فليس لاكثره عندهم
حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان بل يجوز الدهر
كله اما مطلقا عند من لا يرى الصوم من شرطه واما ما عدا الايام التي لا يجوز
صومها عند من يرى الصيام من شرطه واما اقله فانهم اختلفوا فيه وكذلك
اختلفوا في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفي الوقت الذي
يخرج فيه اما اقل زمن الاعتكاف فعند الشافعي وابي حنيفة واكثر
الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك في ذلك فقيل ثلاثة ايام وقيل يوم
وليلة وقال ابن القاسم عنه اقله عشرة ايام وعند البغداديين من اصحابه
ان العشرة استحباب وان اقله يوم وليلة والسبب في اختلافهم

معارضة

معارضة القياس للاثر اما القياس فانه من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز
اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكاف ليلة فلا اقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم
النهار انما يكون بالليل واما الاثر المعارض فما خرجه البخاري ان عمر رضي الله
عنه نذر ان يعتكف ليلة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفي بنذره ولا
معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر واما اختلافهم في الوقت يدخل فيه المعتكف
الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة او يوما واحدا فان مالكا والشافعي
وابا حنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهر انه يدخل المسجد قبل غروب الشمس
وان من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعي قال من اراد ان يعتكف يوما واحدا
دخل قبل طلوع الشمس وخرج بعد غروبها واما مالك فقوله في اليوم والشهر
واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما
سواء وفرق ابو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر ان يعتكف عشرة
ايام دخل قبل طلوع الشمس واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعي
يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح والسبب في اختلافهم معارضة الاقيسة
بعضها بعضا ومعارضة الاثر لجميعها وذلك انه من راى ان اول الشهر ليلة واعتبر
الليالي قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر
ومن راى ان اسم اليوم يقع على الليلة والنهار معا وجب ان نذر يوما ان يدخل
قبل غروب الشمس ومن راى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق
بين ان نذر اياما او ليالي والحق ان اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار
مفردا وقد يقال على النهار والليل معا لكن يشبه ان تكون دلالته الاولى انما
هي على النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم واما الاثر المخالف لهذه الاقيسة
كلها فهو ما خرجه البخاري وغيره من اهل الصحيح عن عائشة قالت كان

رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في كل رمضان واذا صلى الغداة دخل مكانه
الذي كان يعتكف فيه واما وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المعتكف العشر الاواخر
من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب
الشمس اجزأه وقال الشافعي وابو حنيفة يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون
وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه وسبب الاختلاف
هل الليلة الباقية هي من حكم العشر ام لا واما شروطه فثلاثة النية والصيام وترك
مباشرة النساء اما النية فلا اعلم فيها اختلافا واما الصيام فانهم اختلفوا
فيه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بصوم وقال الشافعي
الاعتكاف جائز بغير صوم وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس
على خلاف عنه في ذلك وبقول الشافعي قال علي وابن مسعود والسبب
في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فمن رأى ان
الصوم المقترن باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف
نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على
ان ذلك كان مقصودا له عليه السلام في الاعتكاف قال ليس من شرطه الصوم ولذلك
ايضا سبب اخر وهو اقترانه مع الصوم في اية واحدة وقد احتج الشافعي
بحديث عمر المتقدم وهو انه امره عليه السلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل
للصوم واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحاق عن عروة عن عائشة انها
قالت السنة للمعتكف ان لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها
ولا يخرج الا الى ما لا بد منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع
قال ابو عمر بن عبد البر لم يقل احد في حديث عائشة هذه السنة الا عبد الرحمن بن
اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا فيشكل

ان يجري

ان يجري مجرى المسند واما الشرط الثالث وهي المباشرة فانهم اجمعوا على ان المعتكف
اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ما روي عن ابن لبابة في غير المسجد واختلفوا فيه اذا
جامع ناسيا واختلفوا ايضا في فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس
فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال ابو حنيفة ليس في المباشرة فساد
الا ان ينزل وللشافعي قولان احدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول ابي حنيفة والسبب
في اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز وهو احد انواع الاسم المشترك
له عموم ام لا فمن ذهب الى ان له عموما قال المباشرة في قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم
عاكفون في المساجد ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموما وهو الاشهر
الاكثر قال انما يدل اما على الجماع واما على ما دون الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع
بالاجماع بطل ان يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل الا على الحقيقة والمجاز معا
ومن اجرى الانزال منزلة الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم
حقيقة واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لا شيء عليه وقال قوم
عليه كفارة فبعضهم كفارة المجامع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق
بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد اهدى بدنة فان لم يجد
تصدق بعشرين صاعا من تمر واصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارات ام لا والاظهر
لا يجوز واختلفوا في مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع ام لا فقال
مالك وابو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك والسبب
في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق واما موانع الاعتكاف فاتفقوا على
انها ما عدا الافعال التي هي اعمال المعتكف وانه لا يجوز للمعتكف الخروج من
المسجد الا لحاجة الانسان واما في معناها مما تدعو الضرورة اليه لما ثبت
من حديث عائشة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف يدني

الى راسه فيرجله وهو في المسجد وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان واختلفوا
اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينتقض عند اول خروج وبعضهم
رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل له ان يدخل بيتا غير بيت مسجده
فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعي وابو حنيفة وراى بعضهم ان ذلك يبطل
اعتكافه واجاز مالك له البيع والشراء وان يلي عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك
وسبب اختلافهم انه ليس في ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه ما لم
يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه واختلفوا ايضا هل للمعتكف ان يشترط فعل
شيء مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الاباحة اعني ان ينفعه ذلك مثل ان يشترط
شهود جنازة او غير ذلك فاكثر العلماء على ان شرطه لا ينفعه وانه ان فعل بطل
اعتكافه وقال الشافعي ينفعه شرطه والسبب في اختلافهم تشبيههم الاعتكاف
بالحج فانما صار اليه من راه لحديث ضباعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لها اهلي بالحج واشترطي ان تحلي حيث حبست لكن هذا الاصل مختلف فيه
في الحج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا شرط التتابع
في النذر او كان التتابع لازما لمطلق النذر عند من يرى ذلك ما في الاشياء التي اذا
قطعت الاعتكاف اوجبت الاستيناف او البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع
المرض الاعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك وابي حنيفة والشافعي ومنهم من قال
يستانف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما احسب عندهم ان الحائض
تبني وانما اختلفوا هل تخرج من المسجد او ليس تخرج وكذلك اذا اختلفوا اذا جن
المعتكف او اغمي عليه هل يبني او ليس يبني بل يستقبل والسبب في اختلافهم
في هذا الباب انه ليس في هذه الاشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع التنازع
من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه بما اختلفوا اعني بما اتفقوا عليه في هذه

او في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم النذر وغيره والجمهور على ان
اعتكاف المتطوع اذا قطع لغير عذر انه يجب عليه فيه القضاء لما ثبت ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم اراد ان يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرا من
شوال واما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما احسب والجمهور على
ان من اتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة ما راينا ان نثبته في اصول هذا الباب
وقواعده

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الحج

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة اجناس الجنس الاول يشتمل على الاشياء
التي تجري من هذه العبادة مجرى المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه
العبادة الجنس الثاني في الاشياء التي تجري منها مجرى الاركان وهي الامور
المعمولة انفسها الثالث في الاشياء التي تجري منها مجرى اللاحقة وهي احكام
الافعال وذلك ان كل عبادة توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس الجنس
الاول وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من
يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه ولله على الناس حج البيت من
استطاع اليه سبيلا واما شروطه الوجوب فان الشروط قسمان شروط صحة وشروط
وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شرطها الاسلام اذ لا يصح
حج من ليس بمسلم واختلفوا في صحة وقوعه من الصبي فذهب مالك والشافعي
الى جواز ذلك ومنع ذلك ابو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الاثر في ذلك للاصول
وذلك ان من اجاز ذلك اخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخاري
ومسلم وفيه ان امراة رفعت اليه عليه السلام صبيا فقالت الهذا حج فقال نعم

ولخراج ومن منع ذلك تمسك بان الاصل في عبادات البدن الا تصح من غير عاقل ولذلك
اختلف اصحاب مالك في صحة وقوع عبادات الحج من الصبي وينبغي ان لا يختلف في صحة
وقوعها ممن يحج ووقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه السلام مر الصبي الى العشر
واما شرط الوجوب فيشبه ان يكون الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع
الاسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى من استطاع اليه سبيلا
وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تتصور بمباشرة وبنيابة فاما المباشرة
فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن واختلفوا
في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وابو حنيفة واحمد وهو
قول ابن عباس وعمر بن الخطاب من شرطه ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع
المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد
عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب في طريقه ولو
بالسؤال والسبب في هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد في تفسير الاستطاعة
لعموم لفظها وذلك انه ورد اثر عنه عليه السلام انه سئل ما الاستطاعة
فقال الزاد والراحلة فحمل ابو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله
مالك على من لا يستطيع المشي ولا له قوة على الاكتساب في طريقه وانما اعتقد
الشافعي هذا المذهب لان مذهبه اذا ورد الكتاب مجملا ووردت السنة
بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغي العدول عن ذلك التفسير واما وجوبه
باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وابي حنيفة انه لا يلزم
النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعي انه يلزم فيلزم
على مذهب الذي عنده مال يقدر ان يحج به غيره عنه اذا لم يقدر هو ببدنه
وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من اخ او قريب سقط ذلك
عنه

171

عنه وهي المسئلة التي يعرفونها بالمعضوب الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك
عنده الميت الذي ياتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده ان يخرجوا من ماله ما يحج
به عنه وسبب الخلاف في هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضي
ان العبادات لا ينوب فيها احد عن احد فانه لا يصلي احد عن احد باتفاق ولا يصوم
احد عن احد واما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان
وفيه ان امراة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله
ان فريضة الله في الحج على عباده ادركت ابي شيخا كبيرا لا يستطيع ان يثبت على
الراحلة افاحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحي واما في الميت فحديث
ابن عباس ايضا خرجه البخاري قال جاءت امراة من جهينة الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقالت ان امي نذرت الحج وماتت افاحج عنها قال حجي عنها ارايت لو كان
عليها دين اكنت قاضيته قالت نعم قال فدين الله احق بالقضاء ولا خلاف بين
المسلمين انه يقع على الغير تطوعا وانما الخلاف في وقوعه فرضا واختلفوا
في هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حيا او ميتا هل من شرطه ان يكون
قد حج عن نفسه ام لا فذهب بعضهم الى ان ذلك ليس من شرطه وان كان قد ادى الفرض
عن نفسه فهو افضل وبه قال فيمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحي لا يقع وذهب
اخرون الى ان من شرطه ان يكون قد قضى فرضه وبه قال الشافعي وعنده انه ان حج
عن غيره انقلب الى فرضه نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس ان النبي صلى الله
عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة فقال من شبرمة والطائفة
الاولى عللت قال اخ لي او قريب لي قال احججت عن نفسك قال لا قال حج عن نفسك
ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى عللت هذا الحديث بانه قد روي موقوفا

عن ابن عباس واختلفوا من هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك
والشافعي وقال ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك ابو حنيفة وعمدته انه قربة الى الله
عز وجل فلا يجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة في كتابة
المصحف وبناء المساجد وهي قربة والاجارة في الحج عند مالك نوعان احدهما الذي
يسميه اصحابه على البلاغ وهو الذي يستاجر نفسه على ان يبلغه من الزاد والراحلة
فان نقص ما اخذه عن البلاغ وفاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شيء رده والاجارة
الثانية على سنة الاجارة ان نقص شيء وفاه من عنده وان فضل شيء فله والجمهور
على ان العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق واوجبه عليه بعض اهل الظاهر فهذه
معرفة على من تجب هذه العبادة ومتى تنفع واما متى تجب فانهم اختلفوا
هل هو على الفور او على التراخي والقولان متاولان على مالك واصحابه والظاهر
عند المتاخرين من اصحابه واختلف في ذلك قول ابي حنيفة واصحابه والمختار عندهم
انه على الفور وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدة من قال على التوسعة ان الحج
فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما اخره عليه
الصلاة والسلام ولو اخره لعذر لبينه وعمدة الفريق الثاني انه لو كان مختصا بوقت
كان الاصل ان ياثم تاركه حتى يذهب الوقت اصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق
الثاني بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرر الوقت والصلاة يتكرر وجوبها
بتكرر الوقت والجملة فمن شبه اول وقت من اوقات الحج الممكن على المكلف
المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه بآخر
وقت الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه يتعين بدخول
وقت لا يجوز فيه فعله كما يتعين وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه
المطلوب مؤديا وبعضهم هولا بالغرر الذي يلحق المكلف بتاخيره الى عام اخر كما يغلب

على الظن

انه على التراخي [illegible]
[illegible]

172

على الظن من امكان وقوع الموت في مدته من عام الى عام وبانه بخلاف تاخير الصلاة
من اول وقتها الى آخره لان الغالب انه لا يموت احد في مقدار ذلك الزمان الا نادرا
وربما قالوا ان التاخير في الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذي تؤدى فيه الصلاة
والتاخير هاهنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو في هذا لا يشبه الامر
المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخي ليس يؤدي التراخي
فيه الى دخول وقت لا يصح وقوع المامور فيه كما يؤدي التراخي في الحج اذا دخل
وقته فاخره المكلف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسالة من باب اختلافهم
في مطلق الامر هل هو على الفور او التراخي كما ظن قوم واختلفوا من هذا الباب
هل من شرط وجوب الحج على المراة ان يكون معها زوج او ذو محرم يطاوعها
على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط الوجوب
معها الى السفر ذلك وتخرج المراة الى الحج اذا وجدت رفقة مامونة وقال
ابو حنيفة واحمد وجماعة وجود ذي المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب
وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي عن سفر المراة الا مع
ذي محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابي سعيد الخدري
وابي هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام لا يحل لامراة
تؤمن بالله واليوم الاخر ان تسافر الا مع ذي محرم فمن غلب عموم الامر قال
تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث او رأى
انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذي محرم وقد قلنا
في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وعلى من يجب ومتى يجب
ونفرغ من هذا الباب القول في حكم النسك الذي هو العمرة فان قوما
قالوا انه واجب وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وابو عبيد والثوري والاوزاعي

العبادة

وبهذا القول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة
هي سنة وقال ابو حنيفة هي تطوع وبه قال ابو ثور وداود فحجة من اوجبها احتج
بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وبالآثار المروية منها ما روي عن ابن عمر
عن ابيه قال دخل اعرابي حسن الوجه ابيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ما الاسلام يا رسول الله فقال ان تشهد ان لا اله الا الله وان محمدا
رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكوة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر
وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث
ولما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم بل اثنتين حجة وعمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة
وروي عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي صلى الله عليه
وسلم واما حجة الفريق الاول وهم الذين يرون انها ليست بواجبة فالاحاديث
المشهورة الثابتة الواردة في تعديد فرائض الاسلام من غير ان تذكر فيها
العمرة مثل حديث ابن عمر بني الاسلام على خمس فذكر الحج مفردا ومثل حديث
السائل عن الاسلام فقال في بعضها فهو وان تحج البيت وربما قالوا ان الامر بالاتمام
ليس يقتضي الوجوب لان هذا يقتضي السنن والتطوع ايضا اعني اذا شرع فيهما
ان يتم ولا يقطع واحتج هؤلاء ايضا بآثار اعني من قال سنة منها حديث
الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبي صلى الله
عليه وسلم عن العمرة اواجبة هي فقال لا وان تعتمر خير لك قال ابو عمر وليس
هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روي عن ابي صالح
الحنفي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع
وهو حديث منقطع وسبب الاختلاف في هذا هو تعارض الآثار في هذا
الباب

الباب وتردد الامر بالاتمام بين ان يقتضي الوجوب او لا القول في الجنس
الثاني وهو تعريف افعال هذه العبادة في نوع نوع منها وهذه العبادة كما
قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة اصناف افراد وتمتع وقران
وهي كلها تشتمل على افعال محدودة في امكنة محدودة واوقات
محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وتروك تشترط في تلك الافعال
ولكل هذه احكام محدودة اما عند الاخلال بها واما عند الطوارئ عليها
المانعة منها فهذا الجنس ينقسم اولا الى القول في التروك والى القول
في الافعال واما الجنس الثالث فهذا هو الذي يتضمن القول في الافعال
فلنبدأ بالافعال وهذه ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك
اعني اصناف الحج الثلاثة والعمرة ومنها ما يختص بواحد منها فلنبدأ من
القول فيها بالمشترك ثم نصير الى ما يخص واحدا واحدا منها فنقول ان الحج و
العمرة اول افعالها الفعل الذي يسمى الاحرام والاحرام شرطه الاول
المكان والزمان اما المكان فهو الذي يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول
ان العلماء بالجملة مجمعون على ان المواقيت التي منها يكون الاحرام اما لاهل
المدينة فذو الحليفة واما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل
اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث
ابن عمر وغيره واختلفوا في ميقات اهل العراق فقال جمهور فقهاء
الامصار ميقاتهم من ذات عرق وقال الشافعي والثوري ان اهلوا من
العقيق كان احب واختلفوا فيمن اقتته لهم فقالت طائفة عمر بن
الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي

وقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروي ذلك من حديث جابر وابن عباس
وعايشة وجمهور العلماء على ان من تخطى هذه وقصد الاحرام فلم يحرم
الا بعدها ان عليه دما وهولاء منهم من قال ان رجع الى الميقات فاحرم سقط
عنه الدم منهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع
وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال اخرون ان لم يرجع الى الميقات
فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا نذكره في الاحكام
وجمهور العلماء على ان من كان منزله دون هذه المواقيت ان احرامه من منزله
واختلفوا هل الافضل احرام الحاج من بيته او من منزله اذا كان منزله
خارجا منها فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال
الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وقال مالك واحمد واسحاق
احرامه من المواقيت افضل وعمدة هولاء الاحاديث المتقدمة وانها
السنة التي سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي افضل وعمدة
الطائفة الاخرى ان الصحابة قد احرموا من قبل الميقات ابن عباس و
ابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم اعرف بالسنة واصول اهل
الظاهر تقتضي ان لا يجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه و
اختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته واحرم من ميقات اخر غير ميقاته مثل
ان يترك اهل المدينة الاحرام من ذي الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال
قوم عليه دم وممن قال به مالك وبعض اصحابه وقال ابو حنيفة ليس
عليه شيء وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه الدم
ام لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت ممن اراد الحج

او العمرة

او العمرة واما من لم يردها ومر بها فقال قوم كل من مر بها يلزمه الاحرام
الا من يكثر تردده مثل الحطابين وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم
الاحرام الا لمريد الحج او العمرة وهذا كله لمن ليس من اهل مكة واما
اهل مكة فانهم يحرمون بالحج واما بالعمرة فيخرجون الى الحل ولابد ومتى يحرم بالحج
اهل مكة قيل اذا راوا الهلال وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات
المكان المشترك لانواع هذه العبادة واما ميقات الزمان فهو محدود
ايضا في انواع الحج الثلاثة وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي
الحجة باتفاق وقال مالك الثلاثة الاشهر كلها محل للحج وقال
الشافعي الشهران وعشر من ذي الحجة وقال ابو حنيفة تسع فقط ودليل
قول مالك عموم قوله سبحانه الحج اشهر معلومات فوجب ان يطلق
على جميع ايام ذي الحجة اصله انطلاقه على جميع ايام شوال وذي
القعدة ودليل الفريق الثاني انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر
الثالث بانقضاء افعاله الواجبة وفائدة الخلاف تاخير طواف الافاضة
الى اخر الشهر وان احرم بالحج قبل اشهره كرهه مالك ولكن يصح احرامه
وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمرة فمن
شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله
تعالى واتموا الحج والعمرة لله قال متى احرم انعقد احرامه لانه مامور
بالاتمام وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان
بميقات العمرة واما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في
غير وقت نظيرها انقلب الى النظير مثل ان يصوم نذرا ايام رمضان

وهذا الأصل فيه اختلاف في المذهب وأما العمرة فإن العلماء اتفقوا على
جواز فعلها في كل أوقات السنة لأنها كانت في الجاهلية لا تصنع في أيام الحج
إلى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة إلا يوم عرفة ويوم النحر وأيام
التشريق فإنها تكره واختلفوا في تكررها في السنة الواحدة فكان مالك يستحب
عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا في السنة الواحدة وقال
الشافعي وأبو حنيفة لا كراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الإحرام الزمانية
والمكانية وينبغي بعد ذلك أن نصير إلى القول في الإحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول
في شرطه ثم نقول بعد ذلك في الأفعال الخاصة بالمحرم إلى إحلاله وهي أفعال
الحج كلها وفق وكنه ثم نقول في أحكام الإحلال بالتروك والأفعال ولنبدأ بالتروك
القول فيما يمنع الإحرام من الأمور المباحة للإحلال والأصل في هذا الباب ما ثبت
من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلبسوا
القمص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف إلا أحد لا يجد
نعلين فليلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئا مسه
الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض هذه الأحكام الواردة في هذا الحديث
واختلفوا في بعضها فاتفقوا على أنه لا يلبس المحرم قميصا ولا شيئا مما ذكر في هذا
الحديث ولا ما كان في معناه من مخيط وأن هذا مخصوص بالرجال أعني تحريم لبس
المخيط وأنه لا بأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر
واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز
له لباس السراويل وإن لبسها افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور

وداود

176

وداود لا شيء عليه إذا لم يجد إزارا وعمدة مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو
كان في ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس
الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر عن ابن عباس قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لا يجد الإزار والخف لمن لم
يجد النعلين وجمهور العلماء على إجازة لبس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين
وقال أحمد جائز لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذا بمطلق
حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد واختلفوا
فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال أبو ثور
وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي وسنذكر بعد هذا الأحكام وأجمع
العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه
الصلاة والسلام في حديث ابن عمر ولا تلبسوا شيئا مسه زعفران أو ورس واختلفوا
في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فإنه ليس بطيب وقال أبو حنيفة والثوري هو
طيب وفيه الفدية وحجة أبي حنيفة ما خرجه مالك عن علي أن النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر وأجمعوا أن إحرام المرأة في وجهها وأن
لها أن تغطي رأسها وتستر شعرها وأن لها أن تسدل الثوب على وجهها
من فوق رأسها سدلا خفيفا تستتر به عن نظر الرجال إليها كنحو ما روي عن
عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فإذا
مر بنا ركب سدلنا الثوب من قبل رؤوسنا وإذا جاوز الركب رفعناه ولم
يأت تغطية وجوههن إلا ما رواه مالك عن فاطمة ابنة المنذر أنها
قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق
واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه لا يخمر رأسه فروي عن مالك عن

ابن عمر ان ما فوق الذقن من الراس لا يخمره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه انه ان
فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى وقال الشافعي والثوري واحمد وداود يخمر
المحرم وجهه الى الحاجبين وروي من الصحابة عن عثمن وزيد بن ثابت وجابر وابن
عباس وسعد بن ابي وقاص واختلفوا في لبس القفازين للمراة فقال مالك ان لبست
المراة القفازين افتدت ورخص فيه الثوري وهو مروي عن عايشة والحجة لمالك
ما خرجه ابو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النقاب والقفازين
وبعض الرواة يرويه موقوفا على ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث اعني رفعه
الى النبي صلى الله عليه وسلم فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم في اللباس واصل
الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به او تردد
احتمال اللفظ المنطوق به وثبوته او لا ثبوته واما الشيء الثالث من التروك
فهو الطيب وذلك ان العلماء اجمعوا على ان الطيب كله محرم على المحرم بالحج والعمرة
في حال احرامه واختلفوا في جوازه للمحرم عند الاحرام قبل ان يحرم لما يبقى من اثره عليه
بعد الاحرام فكرهه قوم واجازه اخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب
وهو قول عثمن وابن عمر وجماعة من التابعين وممن اجازه ابو حنيفة
والشافعي والثوري واحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث
صفوان بن يعلى ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب
فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل احرم في عمرة في جبة بعدما تضمخ بطيب فانزل
الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما افاق قال اين السائل عن العمرة
انفا فالتمس الرجل فاتي به فقال عليه السلام اما الطيب الذي بك فاغسله عنك
ثلاث مرات واما الجبة فانزعها ثم اصنع في عمرتك ما كنت تصنع في حجك
اختصرت الحديث وفقهه هذا الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ما رواه مالك

عن عايشة انها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل
ان يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت واعتل الفريق الاول بما روي عن عايشة
انها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطييب المحرم قبل احرامه يرحم الله ابا عبد الرحمن
طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم اصبح محرما
قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما بقي عليه اثر ريح الطيب لا جرمه
نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد انعقد ان كل ما لا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم
مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرم فوجب ان يكون
الطيب كذلك وسبب الخلاف تعارض الاثار في هذا الحكم واما المتروك الثالث
فهو مجامعة النساء وذلك انه اجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج
حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج واما الممنوع
الرابع فهو القاء التفث وازالة الشعث وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوز له
غسل راسه من الجنابة واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور
لا باس بغسله راسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته ان عبد الله بن عمر كان
لا يغسل راسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ما رواه مالك عن عبد الله
بن حنين ان ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم
راسه وقال المسور لا يغسل المحرم راسه فقال ارسلني عبد الله بن عباس الى ابي ايوب
الانصاري قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت
عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن حنين ارسلني اليك عبد الله بن عباس اسالك
كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل راسه وهو محرم قال فوضع
ابو ايوب يده على الثوب فطاطاه حتى بدا لي راسه ثم قال لانسان يصب عليه

فصب على راسه ثم حرك راسه بيديه فاقبل بهما وادبر ثم قال هكذا رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل راسه وهو محرم ويقول ما يزيده
الماء الا شعثا رواه مالك في الموطا وحمل مالك حديث ابي ايوب على غسل الجنابة
والحجة له اجماعهم على ان المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث
وهو الوسخ والغاسل راسه اما ان يفعل هذه كلها او بعضها واتفقوا على
منع غسله راسه بالخطمي وقال مالك وابو حنيفة ان فعل افتدى وقال ابو ثور
وغيره لا شيء عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله
الفدية وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري وداود لا باس بذلك وروي عن ابن
عباس دخول الحمام وهو محرم من طريق والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم
منهي عن القاء التفث واما القسم الخامس وهو الاصطياد وذلك ايضا مجمع
عليه لقوله سبحانه وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله تعالى ولا تقتلوا
الصيد وانتم حرم واجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا اكل ما صاد منه واختلفوا
اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم اكله على ثلاثة اقوال قول يجوز له اكله
على الاطلاق وبه قال ابو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير وقال قوم
هو محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلي وابن عمر وبه قال الثوري
وقال مالك ما لم يصد من اجل المحرم او من اجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد
لاجل محرم فهو حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الاثار فاما ما
خرجه مالك من حديث ابي قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذ كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع اصحاب له محرمين وهو غير محرم فراى
حمارا وحشيا فاستوى على فرسه فسال اصحابه ان يناولوه سوطه

فابوا

فابوا عليه فسالهم رمحه فابوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فقتله فاكل منه بعض
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بعضهم فلما ادركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم
سالوه عن ذلك فقال انما هي طعمة اطعمكموها الله والحديث الثاني حديث ابن عباس
خرجه ايضا مالك انه اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا او لحم
حمار وحشي بالابواء او بودان فرده عليه وقال انا لم نرده عليك الا انا حرم وجاء ايضا
في معنى حديث طلحة بن عبيد الله ذكر النسائي ان عبد الرحمن التيمي قال كنا مع طلحة
بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدي له ظبي وهو راقد فاكل بعضنا فاستيقظ
طلحة فوفق من اكله وقال اكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وللاختلاف
سبب اخر وهو هل يتعلق النهي عن الاكل بشرط القتل او يتعلق بكل واحد منهما
على الانفراد فمن اخذ بحديث ابي قتادة قال ان النهي انما تعلق بالاكل مع القتل
ومن اخذ بحديث طلحة قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب
في هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث ابي قتادة واما بحديث ابن
عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث وقالوا الجمع اولى واكد
ذلك بما روي عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال صيد البر حلال لكم وانتم
حرم ما لم تصيدوه او يصد لكم واختلفوا في المضطر هل ياكل الميتة او يصيد الحرم
فقال مالك وابو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطر اكل الميتة ولحم الخنزير
دون الصيد وقال ابو يوسف يصيد وياكل وعليه الجزاء والاول احسن للذريعة
وقول ابي يوسف اقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الاغراض وما
هو محرم لعينه اغلظ والثاني اقيس لان ما حرم للعلة اخف مما حرم لعينه

جمهور. الخامسة اتفق المسلمون على أنها محظورة الاحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال
مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو
قول عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة
والثوري لا باس بان ينكح المحرم او ينكح والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار في
ذلك فمنها ما رواه عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح
المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرجه اهل الصحيح الا انه عارضته اثار كثيرة
عن ميمونة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت
عنها من طرق شتى عن ابي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم
ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي
مشهورات ما يحرم على المحرم واما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا افعال الحج
وذلك ان المعتمر يحل اذا طاف وسعى وحلق واختلفوا في الحاج على ما سياتي بعد
واذ قد قلنا في تروك المحرم فلنقل في افعاله القول في انواع هذا النسك والمحرمون
اما محرم بعمرة مفردة او بحج مفرد او جامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان
اما متمتع واما قارن فينبغي اولا ان نعرف اصناف هذه المناسك الثلاث فنقول
ما يفعل المحرم كله وما يخصه واحدا واحدا منها ان كان يخص ذلك ما يعم وكذلك
ما يفعل فيما بعد الاحرام من افعال الحج القول في شرح انواع هذه المناسك فنقول
ان الافراد هو ما يتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب ان نبدا اولا
بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران القول في التمتع فنقول العلماء

اتفقوا

اتفقوا ان هذا النوع من النسك الذي هو المعنى بقوله سبحانه فمن تمتع بالعمرة
الى الحج فما استيسر من الهدي هو ان يهل الرجل بالعمرة في اشهر الحج من الميقات
وذلك اذا كان مسكنه خارجا من الحرم ثم ياتي حتى يصل البيت فيطوف لعمرته
ويسعى ويحلق في تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام
بعينه وفي تلك الاشهر من غير ان ينصرف الى بلده الا ما روي عن الحسن انه كان يقول
هو متمتع وان عاد الى بلده فحج او لم يحج ان عليه هدي المتمتع المنصوص عليه في
قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي لانه كان يقول عمرة
في اشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر في غير اشهر الحج ثم اقام حتى الحج وحج
من عامه انه متمتع واتفق العلماء على ان من لم يكن حاضري المسجد الحرام فهو متمتع
واختلفوا في المكي هل يقع منه التمتع ام لا يقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا
على انه ليس عليه دم لقوله ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام واختلفوا فيمن هو
حاضر والمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضر والمسجد الحرام هم اهل مكة
وقال الشافعي هم من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو اقرب المواقيت وقال اهل
الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثوري هم اهل مكة فقط وابو حنيفة يقول ان حاضري
المسجد الحرام لا يقع منهم التمتع وكره ذلك مالك وسبب الاختلاف اختلاف ما يدل
عليه اسم حاضري المسجد الحرام بالاقل والاكثر ولذلك لا يشك ان اهل مكة من
حاضري المسجد الحرام كما لا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع
التمتع المشهور ومعنى التمتع تمتعه بتحلله من النسكين وسقوط السفر عنه
مرة ثانية الى النسك الثاني الذي هو الحج وهاهنا نوعان من التمتع اختلف العلماء

فيما احرموا به ان يفسخوه في عمرة وهو تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور
العلماء يكرهون ذلك من الصورة الاولى وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز
ذلك وبه قال احمد وداود وكلهم متفقون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر
اصحابه عام حج بفسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه السلام لو استقبلت من امري
ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وامره من لم يسق الهدي من الصحابة
ان يفسخ اهلاله في العمرة وبهذا تمسك اهل الظاهر والجمهور راوا ذلك من باب الخصوص
لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روي عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن
بن بلال عن الحارث المزني عن ابيه قال قلت يا رسول الله افسخ لنا خاصة ام لمن
بعدنا قال بل لنا خاصة وهذا لم يصح عند اهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم و
روي عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا انهى
عنهما واعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروي عن عثمن انه قال متعة
الحج كانت لنا ليست لكم وقال ابو ذر ما كان لاحد بعدنا ان يحرم بالحج ثم يفسخه في عمرة
هذا كله مع ظاهر قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله والظاهرية على ان الاصل
اتباع فعل الصحابة حتى يقوم دليل من كتاب او سنة ثابتة على انه خاص وسبب
الاختلاف هو فعل الصحابة يحمل على العموم او على الخصوص واما النوع
الثاني من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير من ان التمتع الذي ذكره الله
هو تمتع المحصر بمرض او عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو او امر
يعذر به حتى تذهب ايام الحج فياتي البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة
ويحل ثم يتمتع بحله الى العام المقبل ثم يحج ويهدي وعلى هذا القول ليس

يكون

يكون التمتع المشهور اجماعا وشذ طاوس ايضا فقال ان المكي اذا تمتع من بلد غير
مكة كان عليه الهدي واختلف العلماء فيمن انشا عمرة في غير اشهر الحج ثم عملها في اشهر
الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته في الشهر الذي حل فيه فان كان حل في اشهر
الحج فهو متمتع وان كان في غير اشهر الحج فليس بمتمتع وقريبا منه قال ابو حنيفة
والشافعي والثوري الا ان الثوري اشترط ان يوقع طوافه في شوال وبه قال الشافعي
وقال ابو حنيفة ان طاف ثلاثة اشواط في رمضان واربعة في شوال كان متمتعا
وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعا غير ان يكون طاف اربعة اشواط في رمضان وثلاثة
في شوال لم يكن متمتعا وقال ابو ثور اذا دخل في العمرة في غير اشهر الحج فسواء طاف لها
في اشهر الحج او في غيرها لا يكون متمتعا وسبب الاختلاف هل يكون متمتعا
بايقاع احرام العمرة في اشهر الحج فقط ام بايقاع الطواف فابو ثور يقول لا يكون
متمتعا الا بايقاع الاحرام في اشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول
الطواف اعظم اركانها فوجب ان يكون متمتعا والجمهور على ان من اوقع
بعضها في اشهر الحج كمن اوقع كلها فيها وهذه التمتع عند مالك له ستة شروط احدها ان
يجمع بين العمرة والحج في سفر واحد والثاني ان يكون ذلك في عام واحد والثالث ان يفعل
شيئا من العمرة في اشهر الحج والرابع ان يقدم العمرة على الحج والخامس ان ينشئ
الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها والسادس ان يكون وطنه غير مكة
فهذه صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق واما القران فهو ان يهل
بالنسكين معا او يهل بالعمرة في اشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل ان يحل من العمرة
واختلف اصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له ما لم يشرع

في الطواف ولو شيئا ما اجزاه وقيل ما لم يطف وان ركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع
فان فعل لزمه وقيل له ذلك ما بقي عليه شيء من عمل العمرة من طواف او سعي ما خلا
انهم اتفقوا انه اذا اهل بالحج ولم يبق عليه من افعال العمرة الا الحلاق فانه ليس بقارن
والقارن الذي يلزمه هدي التمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام الا ابن
الماجشون من اصحاب مالك فان القارن من اهل مكة عنده عليه هدي واما
الافراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو الاهلال بالحج فقط وقد اختلف
العلماء اي افضل هل الافراد او القران او التمتع والسبب في اختلافهم اختلافهم
فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روي عنه عليه الصلاة
والسلام انه كان مفردا وروي انه تمتع وروي انه كان قارنا فاختار مالك الافراد واعتمد
في ذلك ما رواه عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
عام حجة الوداع فمنا من اهل بعمرة ومنا من اهل بحج وعمرة واهل رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالحج رواه عن عائشة من طرق وقال ابو عمر بن عبد البر وروي الافراد
عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق متواترة صحاح وهو قول
ابي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والزبير راوا ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان متمتعا واحتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن
عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع بالعمرة الى الحج
واهدى وساق الهدي معه من ذي الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس
وابن الزبير واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتمد من رأى انه عليه السلام
كان قارنا احاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال
سمعت

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادي العقيق اتاني الليلة
آت من ربي فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل عمرة في حجة خرجه البخاري وحديث
مروان بن عبد الحكم قال شهدت عثمان وعليا وعثمان ينهى عن المتعة وان يجمع
بينهما فلما رأى ذلك علي اهل بهما لبيك بعمرة وحجة وقال ما كنت لادع سنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول احد خرجه البخاري وحديث انس خرجه
البخاري ايضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك عمرة
وحجا وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من كان معه هدي فليهلل بالحج مع العمرة انه كان معه صلى الله
عليه وسلم هدي ويبعد ان يامر بالقران من معه هدي ويكون معه الهدي
ولا يكون قارنا وحديث مالك ايضا عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال اني قلدت هديي ولبدت راسي فلا احل حتى انحر
هديي وقال احمد لا شك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا والتمتع
احب الي واحتج في اختيار التمتع لقوله عليه الصلاة والسلام لو استقبلت
استقبلت من امري ما استدبرت ما سقت الهدي ولجعلتها عمرة واحتج
من لم ير المتعة من رأى الافراد افضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب
فيهما الدم واذ قد قلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه
ومتى يجب وفي اي وقت يجب ومن اي مكان يجب فلنقل بعد ذلك فيما يجتنبه
المحرم وبما هو محرم ثم قلنا ايضا في انواع هذا النسك فيجب ان نقول في اول افعال
الحاج والمعتمر وهو الاحرام القول في الاحرام واتفق جمهور العلماء

على ان الغسل للاحرام سنة وانه من افعال المحرم وحتى قال ابن خويز منداد
الغسل للاهلال عند مالك اوكد من غسل الجمعة وقال اهل الظاهر هو
واجب وقال ابو حنيفة والثوري يجزئ منه الوضوء وحجة اهل الظاهر ما ارسل
مالك من حديث اسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن ابي بكر بالبيداء فذكر
ذلك ابو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرها فلتغتسل ثم لتهل
والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل براءة الذمة حتى يثبت
الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم
ولدخوله مكة ولوقوفه عشية عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاثة
من افعال المحرم واتفقوا على ان الاحرام لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزئ النية
فيه من غير التلبية في الحج فقال مالك والشافعي تجزئ النية فيه من غير التلبية وقال ابو حنيفة
التلبية في الحج كالتكبير للاحرام في الصلاة الا انه يجزئ عنده كل لفظ يقوم مقام التكبير
وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على ان لفظ تلبية رسول الله
صلى الله عليه وسلم لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك الحمد والنعمة لك والملك
لا شريك لك وهي من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم
وهو اصح سندا واختلفوا هل هي واجبة بهذا اللفظ اولا فقال اهل الظاهر
هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا
في الزيادة عليه وفي تحويله فاوجب اهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو
مستحب عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا لما رواه مالك ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال اتاني جبريل فامرني ان امر اصحابي ومن معي ان
يرفعوا اصواتهم بالتلبية او بالاهلال واجمع اهل العلم على ان تلبية المراة

فيما اكتلاه

فيما حكاه ابو عمر هو ان تسمع نفسها وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد
الجماعات بل يكفيه ان يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فانه
يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند
الاطلال على شرف من الارض وقال ابو حازم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون
الروحاء حتى تبح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من اركان الحج ويرى على تاركها دما وكان
غيره يرى انها من اركانه وحجة من رآها واجبة ان افعاله صلى الله عليه وسلم اذا اتت
بيانا للواجب انها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام
خذوا عني مناسككم وبهذا يحتج من اوجب لفظه منها فقط واما من لم ير وجوب لفظه
فاعتمد في ذلك ما روي من حديث جابر قال اهل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه قال والناس يزيدون على ذلك لبيك
لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي صلى الله عليه وسلم يسمع فلا يقول شيئا وما روي
عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية وعن عمر ابن الخطاب وعن انس وغيره واستحب العلماء
ان يكون ابتداء المحرم بالتلبية باثر صلاة يصليها فكان مالك يستحب ذلك باثر نافلة
لما روي من مرسله عن هشام ابن عروة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فاذا استوت به راحلته اهل واختلف الاثار
في الموضع الذي احرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم لحجته من اقطار ذي الحليفة
فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد ان صلى فيه وقال اخرون انما احرم حين اطل
على البيداء وقال قوم انما اهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن
اختلافهم في ذلك فقال حدث عن اول اهلال سمعه وذلك ان الناس ياتون متسابقين
فعلى هذا لا يكون اختلاف ويكون الاهلال اثر الصلاة واجمع فقهاء الامصار
على ان المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا راح الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم

ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رايتك تفعل اربعا لم ار احدا
يفعلها غيرك منها ورايتك اذا كنت بمكة اهل الناس اذا راوا الهلال ولم تهل
انت الى يوم التروية فجاوبه ابن عمر اما الاهلال فاني لم ار رسول الله صلى الله
عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك
ان عمر بن الخطاب كان يامر اهل مكة ان يهلوا اذا راوا الهلال ولا خلاف عندهم
ان المكي لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا واما اذا كان معتمرا فانهم اجمعوا
على انه يلزمه ان يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم عكس ما يلزم الحاج
اعني انه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا
ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال ابو حنيفة وابن القاسم وقال
اخرون لا يجزيه وهو قول الثوري واشهب ومتى يقطع المحرم التلبية اختلفوا
في ذلك فروى مالك ان علي بن ابي طالب كان يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة
قال مالك وذلك الامر عندنا الذي لم يزل عليه اهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت
الايمة ابو بكر وعمر وعثمان وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال
ابو عمر بن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعايشة وقال جمهور فقهاء الامصار واهل الحديث
ابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد واسحق وداود وابن ابي ليلى وابو عبيد والطبري
والحسن بن حي المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمي جمرة العقبة لما ثبت من ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها
فقال قوم اذا رماها باسرها لما روي عن ابن عباس عن الفضل بن عباس انه كان رديف
رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمى جمرة العقبة وقطع التلبية
في اخر حصاة وقال قوم بل يقطعها في اول جمرة يلقيها وروي ذلك عن ابن مسعود
وفي قطع التلبية اقاويل غير هذا الا ان هذين القولين هما المشهوران واختلفوا

في وقت قطع التلبية في العمرة فقال مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال
ابو حنيفة وقال الشافعي اذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة
الشافعي ان التلبية اجابة الى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع في العمل
وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون
على ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال ابو ثور لا يدخل
حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هي افعال المحرم بما هو
محرم وهو اول افعال الحج واما الفعل الذي بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة
فلنقل في الطواف القول في الطواف والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب
او الندب واعداده القول في الصفة والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجبا
كان او غير واجب ان يبتدئ من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله ثم يجعل
البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة اشواط يرمل في الثلاثة الاشواط
الاول ثم يمشي في الاربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج وللمعتمر
دون المتمتع وانه لا رمل على النساء ولا يستلم الركن اليماني وهو الذي
على قطر الركن الاسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم
الرمل في الثلاثة الاشواط للقادم هل هو سنة او فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه
قال الشافعي وابو حنيفة واسحق واحمد وابو ثور واختلف قول مالك في ذلك واصحابه
والفرق بين القولين ان من جعله سنة اوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب
في تركه شيئا واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابي الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن
عباس زعم قومك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك
سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا ليس بسنة ان قريشا
زمن الحديبية قالوا ان به وباصحابه هزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون الى النبي

النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فبلغ ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لاصحابه
ارملوا اروهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر
الاسود الى اليماني فاذا تواري عنهم مشى وحجة الجمهور حديث جابر ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى اربعا وهو حديث ثابت
من رواية مالك وغيره وقد اختلف عن ابي الطفيل عن ابن عباس فروي عنه ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود وذلك مخالف للرواية الاولى وعلى اصول
الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم او قول بعضهم فيما
احسب الان واجمعوا على انه لا رمل على من احرم بالحج من مكة من غير اهلها وهم
المتمتعون لانهم قد رملوا حين دخولهم حين طافوا للقدوم واختلفوا في اهل
مكة هل عليهم اذا حجوا رمل ام لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل
بينه وبين السعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم
رملا اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك وسبب الاختلاف هل الرمل
كان لعلة او لغير علة وهل هو مختص بالمسافر ام لا وذلك انه كان عليه الصلاة
والسلام حين رمل واردا على مكة واتفقوا على ان من سنة الطواف استلام
الركن الاسود واليماني للرجال دون النساء واختلفوا هل يستلم الاركان
كلها ام لا فذهب الجمهور الى انه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنين فقط واحتج من راى استلام
جميعها بما روي عن جابر قال كنا نؤمر اذا طفنا ان نستلم الاركان كلها وكان
بعض السلف لا يحب ان يستلم الركنين الا في الوتر من الاشواط وكذلك اجمعوا
ان تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الوصول
اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذي رواه مالك انه قال وهو

يطوف

يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا اني رايت رسول الله صلى الله
عليه وسلم قبلك ما قبلتك ثم قبله واجمعوا على ان من سنة الطواف ركعتين
بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على انه ياتي بهما الطائف عند انقضاء كل اسبوع
ان طاف اكثر من اسبوع واحد واجاز بعض السلف ان لا يفرق بين الاسابيع ولا
يفصل بينها بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين والذي روي عن عائشة انها
كانت لا تفرق بين ثلاثة اسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين
وقال خذوا عني مناسككم وحجة من اجاز الجمع قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع
والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين
اكثر من ركعتين لاكثر من اسبوعين وانما يستحب من قرن ان يقرن بين ثلاثة اسابيع
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف الى ركعتين عن وتر من طوافه ومن
طاف اسابيع غير وتر ثم رجع اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه واما حد
موضعه فان جمهور العلماء على ان الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخاله
فيه وانه شرط في صحة طواف الافاضة وقال ابو حنيفة واصحابه هو سنة وحجة
الجمهور ما رواه مالك عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا حدثان
قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد ابراهيم فانهم تركوا منها سبعة
اذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة وهو قول ابن عباس وكان يحتج لقوله تعالى وليطوفوا
بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة
ابي حنيفة ظاهر الاية واما وقت جواز الطواف فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة

وقت

اقوال احدها اجازة الطواف بعد الصبح وبعد العصر ومنعه وقت الطلوع والغروب
وهو مذهب عمر بن الخطاب وابي سعيد الخدري وبه قال مالك واصحابه وجماعة والقول
الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن
جبير ومجاهد وجماعة والثالث اباحة ذلك في هذه الاوقات راجعة الى منع الصلاة
واباحتها الا وقت الطلوع والغروب والآثار متفقة في منع الصلاة فيها والطواف
هل يلحق بالصلاة في ذلك فيه الخلاف ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا بني عبد مناف ويا بني عبد المطلب ان وليتم
من هذا الامر شيئا فلا تمنعوا احدا طاف بهذا البيت وصلى اي ساعة من ليل ونهار
رواه الشافعي وغيره عن ابن عيينة بسنده الى جبير بن مطعم واختلفوا في جواز
الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على ان من سنته الطهارة فقال مالك والشافعي
لا يجزئ طواف بغير طهارة لا عمدا ولا سهوا وقال ابو حنيفة يجزئ ويستحب له الاعادة
وعليه دم وقال ابو ثور اذا طاف على غير وضوء اجزاه طوافه ان كان لا يعلم ولا يجزيه
ان كان يعلم والشافعي يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراطه للمصلي وعمدة
من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهي اسماء بنت
عميس اصنعي كما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتج
ايضا بما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة الا ان الله احل فيه
النطق فلا ينطق الا بخير وعمدة من اجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على
جواز السعي بين الصفا والمروة من غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط
فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث اصله الصوم واما اعداده فان

العلماء

العلماء اجمعوا على ان الطواف ثلاثة انواع طواف القدوم على مكة وطواف
الافاضة بعد رمي الجمرة يوم النحر وطواف الوداع واجمعوا على ان الواجب منها الذي يفوت
الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعني بقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا
نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق وانه لا يجزئ عنه دم وجمهورهم على انه لا يجزئ طواف
القدوم على مكة من طواف الافاضة اذا نسي طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر
وقالت طائفة من اصحاب مالك ان طواف القدوم يجزئ عن طواف الافاضة كانهم راوا
ان الواجب انما هو طواف واحد وجمهور العلماء على ان طواف الوداع يجزئ عن طواف
الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لانه طواف بالبيت معمول في وقت طواف
الواجب الذي هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذي هو قبل وقت طواف الافاضة
واجمعوا فيما حكاه ابو عمر بن عبد البر ان طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الا الخائف
فوات الحج فانه يجزئ عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا
ان يرمل في الاشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل
واجمعوا على ان المكي ليس عليه الا طواف الافاضة كما اجمعوا انه ليس على المعتمر الا طواف
القدوم واجمعوا على ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين طواف للعمرة يحل به منها
وطواف للحج يوم النحر على ما في حديث عائشة المشهور واما المفرد للحج فليس
عليه الا طواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعي واحمد
وابو ثور يجزئ القارن طواف واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجماعة وعمدتهم حديث عائشة
المتقدم وقال الثوري والاوزاعي وابو حنيفة وابن ابي ليلى على القارن طوافان وسعيان
وروي عن علي وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد
الطواف فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل

وصفته وشروطه وعدده والذي يتلو هذا الفصل من افعال الحج اعني طواف القدوم
هو السعي وهو الفعل الثالث للاحرام والنظر في القول في السعي والقول في السعي
في حكمه وفي صفته وفي شروطه القول في حكمه فاما حكمه فقال مالك والشافعي
هو واجب وانه ان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال احمد واسحاق وقال الكوفيون
هو سنة واذا رجع الى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع
ولا شيء على تاركه فعمدة من اوجبه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يسعى ويقول اسعوا فان الله كتب عليكم السعي وروى هذا الحديث الشافعي
عن عبد الله بن المؤمل وايضا فان الاصل ان افعاله في هذه العبادة محمولة على الوجوب
الا ما اخرجه الدليل من سماع او اجماع او قياس عند اصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه
قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت او اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف
بهما قالوا ومعناه ان لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود كما قال سبحانه يبين الله
لكم ان تضلوا اي ان لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الاية على
ظاهرها وانما نزلت في الانصار تحرجوا ان يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا
يسعون عليه في الجاهلية لانه كان مواضع ذبائح المشركين وقد قيل انهم كانوا
لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت
هذه الاية مبيحة لهم وانما صار الجمهور الى انه من افعال الحج لانها صفة فعله
صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الاثار اعني وصل السعي بالطواف القول
في صفته واما صفته فان جمهور العلماء على ان من سنة السعي بين الصفا والمروة
ان ينحدر الراقي على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على جبلته حتى يبلغ
بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه الى ما يلي المروة فاذا قطع ذلك

وجاوزه

وجاوزه مشى على سجيته حتى ياتي المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم
يقول عليها نحوا مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف اسفل
المروة اجزاه عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي
الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذي يلي الصفا
يفعل ذلك سبع مرات يبدا في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدا بالمروة
قبل الصفا الغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نبدا بما بدا الله
به يعني في قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله وقال عطاء ان جهل فبدا
بالمروة اجزا عنه واجمعوا على انه ليس في وقت السعي قول محدود وانه موضع دعاء
وثبت من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا
يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على
كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك
واما شروطه فانهم اتفقوا على ان من شرطه الطهارة من الحيض كالصلاة
سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة افعلي كل ما يفعل الحاج غير
ان لا تطوفي بالبيت ولا تسعي بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيى عن
مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه
الا الحسن فانه شبهه بالطواف واما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على ان السعي
انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج
عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء في العمرة او في الحج كان عليه حج قابل
والهدي او عمرة اخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شيء عليه وقال ابو حنيفة
اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم وهذا هو القول في حكم

السعي وصفته وشيء وليه المشهورة واما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو
الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة واتفقوا على ان الامام يصلي
بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا انهم اجمعوا على
ان هذا الفعل ليس شرطا في صحة الحاج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى
الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها الوقوف بعرفة والقول في هذا
الفعل ينحصر في معرفة حكمه وصفته وشرطه اما الوقوف بعرفة فانهم اجمعوا على
انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدي في قول اكثرهم واما صفته فهو
ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب
الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب
الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم
لا خلاف بينهم ان اقامة الحج هي للسلطان الاعظم او لمن يقيمه السلطان
الاعظم وانه يصلي وراءه برا كان السلطان او فاجرا او مبتدعا وان السنة ان ياتي
المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين
الظهر والعصر واختلفوا في وقت اذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب
الامام حتى يمضي صدرا من خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال
الشافعي يؤذن والامام في الخطبة الثانية وقال ابو حنيفة اذا صعد الامام المنبر
امر الامام المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ الامام المؤذن قام
الامام يخطب ثم نزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال ابو ثور تشبيها بالجمعة وقد حكى
ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس امر بالقصوى فرحلت له واتى بطن

الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى
العصر ولم يصل بينهما شيئا ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين
الصلاتين بين اذانين واقامتين وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري و
ابو ثور وجماعة يجمع بينهما باذان واحد واقامتين وروي عن مالك مثل قولهم
وروي عنه اخر انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل
في صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه انه صلى الظهر والعصر باذان واحد واقامتين
كما قلنا وقول مالك مروي عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو ان يفرد كل صلاة
باذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر
ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك اجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سر وانها
مقصورة اذا كان الامام مسافرا واختلفوا اذا كان الامام مكيا هل يقصر بمنى الصلاة
يوم التروية وبعرفة يوم عرفات وبالمزدلفة ليلة النحر ان كان من احد هذه المواضع فقال
مالك والاوزاعي وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من اهلها
او لم يكن وقال الثوري وابو حنيفة والشافعي وابو ثور وداود لا يجوز ان يقصر
من كان من اهل تلك المواضع وحجة مالك ومن تابعه انه لم يرو ان احدا اتم الصلاة
معه صلى الله عليه وسلم اعني بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على ان الاصل
المعروف ان القصر لا يجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء
في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة وقال الشافعي مثل ذلك الا انه
اشترط في وجوب الجمعة ان يكون بعرفة من اهل عرفة اربعون رجلا على مذهبه في اشتراط
العدد في الجمعة وقال ابو حنيفة اذا كان امير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى
بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال احمد اذا كان والي مكة يجمع بهم وبه قال ابو ثور
واما شرطه فهو الوقوف بعد الصلاة وذلك انه لم يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعيا الى الله
تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وانه لما استيقن غروبها وبان ذلك
له دفع منها الى المزدلفة ولا خلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة واجمعوا
على ان من وقف بعرفة قبل الزوال انه لا يعتد بوقوفه وانه ان لم يرجع فيقف بعد
الزوال او يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروي عن عبد الله بن يعمر الديلي
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج عرفات فمن ادرك عرفة قبل ان
يطلع الفجر فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا انه مجمع عليه
واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال
مالك عليه حج قابل الا ان يرجع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيبوبة
اجزاه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو ان يقف ليلا وقال جمهور العلماء من وقف
بعرفة قبل الزوال فحجه تام وان دفع قبل الغروب الا انهم اختلفوا في وجوب الدم
عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته
قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لي من حج فقال من صلى
هذه الصلاة ووقف هذا الموقف حتى يفيض وافاض قبل ذلك من عرفات ليلا
او نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه واجمعوا على ان المراد بقوله في هذا الحديث نهارا
انه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين
غربت الشمس لكن للجمهور ان يقولوا ان وقوفه بعرفة الى المغيب قد بين حديث
عروة بن مضرس انه على جهة الافضل اذ كان مخيرا بين ذلك وروي عن النبي صلى الله
عليه وسلم من طرق انه قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة
والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها منحر وفجاج مكة منحر ومبيت
واختلف العلماء فيمن وقف من عرفة بعرنة فقيل حجه تام وعليه دم

وبه

وبه قال مالك وقال الشافعي لا حج له وعمدة من ابطل الحج النهي الوارد عن ذلك
في الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام
عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل
فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة واما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من افعال
الحج فهو النهوض بعد غيبوبة الشمس الى المزدلفة وما يفعل بها والقول في افعال
المزدلفة والقول المجمل ايضا في هذا الموضع ينحصر في معرفة حكمه وصفته ووقته
فاما كون هذا الفعل من اركان الحج فالاصل فيه قوله سبحانه فاذا افضتم من
عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم واجمعوا على ان من بات
بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة
الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن
الحج او من فروضه فقال الاوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته
كان عليه حج قابل والهدي وفقهاء الامصار يرون انه ليس من فروضه وان من فاته الوقوف
بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعي ان دفع منها بعد نصف الليل الاول ولم
يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله
ليلا فلم يشهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم
في حديث عروة بن المضرس وهو حديث متفق على صحته من ادرك معنا هذه الصلاة
يعني صلاة الصبح وكان قد اتى قبل ذلك عرفات ليلا او نهارا فقد تم حجه وقضى
تفثه وقوله تعالى فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه
كما هداكم ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين قد اجمعوا على ترك الاخذ بجميع

ما في هذا الحديث وذلك ان الكل مجمعون على ان من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها
قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة كذلك اجمعوا
ايضا على انه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله وجمع هنا اسماء لهذا الموضع وسنة
الحج فيها كما قلنا ان يبيت الناس بها ويجمعوا بين المغرب والعشاء في اول وقت
العشاء ويغلسوا بالصبح فيها في رمي الجمار واما الفعل الذي بعد هذا فهو رمي
الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر
الحرام وهو المزدلفة بعدما صلى الفجر ثم دفع قبل طلوع الشمس وانه في هذا اليوم
وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس واجمع المسلمون ان من رماها
في ذلك اليوم في ذلك الوقت اعني بعد طلوع الشمس الى الزوال فقد رماها في وقتها
واجمعوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها
واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص لاحد في رمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل
الفجر اعادها وبه قال ابو حنيفة وسفيان واحمد وقال الشافعي لا باس به وان كان
المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم
مع قوله خذوا عني مناسككم وما روي عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قدم ضعفة اهله وقال لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها
قبل الفجر حديث ام سلمة خرجه ابو داود وغيره وهو ان عائشة قالت ارسل رسول الله
صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت فافاضت
وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث اسماء
انها رمت الجمرة بليل وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

واجمع

واجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمي جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس
الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر اجزا عنه ولا شيء عليه
الا مالكا فانه قال استحب له ان يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت
الشمس فرماها من الليل او من الغد فقال مالك عليه دم وقال ابو حنيفة ان رماها من
الليل فلا شيء عليه وان اخرها الى الغد فعليه دم وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
لا شيء عليه ان اخرها الى الليل او الى الغد وحجتهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص
لرعاة الابل في مثل ذلك اعني ان يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم حين قال له السائل يا رسول الله رميت بعدما امسيت فقال لا حرج وعمدة
مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم
هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روي عن ابن عباس
واخذ به الجمهور قال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك اذا مضى يوم النحر
ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو اول ايام النفر فرخص لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يرموا في ذلك اليوم له ولليوم الذي بعده فان نفروا فقد
فرغوا وان اقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا ومعنى الرخصة
للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد الا ان مالكا انما يجمع عنده
مثل ما وجب مثل ان يجمع في الثالث فيرمي عن الثاني والثالث لانه لا يقضى عنده
الا ما وجب ورخص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم
الذي اضيف الى غيره او تاخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رمى في حجته الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنته ثم حلق راسه
ثم كان طواف الافاضة واجمع العلماء ان هذه سنة الحج واختلفوا فيمن قدم

فيمن قدم ما اخره رسول الله صلى الله عليه وسلم او بالعكس فقال مالك من
حلق قبل ان يرمي جمرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي واحمد وداود وابو ثور
لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر انه قال وقف رسول الله
صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسئلونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله
لم اشعر فحلقت قبل ان انحر فقال عليه السلام انحر ولا حرج ثم جاءه اخر فقال يا رسول
الله لم اشعر فنحرت قبل ان ارمي فقال ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وروي هذا ايضا من طريق ابن عباس
عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكم عن من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع ان الحديث
لم يذكر فيه حلق الراس قبل رمي الجمار وعند مالك ان من حلق قبل ان يذبح فلا شيء
عليه وكذلك ان ذبح قبل ان يرمي فقال ابو حنيفة ان حلق قبل ان ينحر او يرمي
فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء للقران
ودمان للحلق قبل النحر واجمعوا انه من نحر قبل ان يرمي فلا شيء عليه
لانه منصوص عليه الا ما روي عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه
شيئا او اخره فليهرق دما وانه من قدم الافاضة قبل الرمي والحلق انه يلزمه
اعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا اعادة عليه وقال الاوزاعي
اذا طاف للافاضة قبل ان يرمي جمرة العقبة ثم واقع اهله اهرق دما واتفقوا
على ان جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرة العقبة
بسبع وان رمي هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من اسفلها او من اعلاها
او من وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء في حديث

ابن مسعود

ابن مسعود انه استبطن الوادي ثم قال من ها هنا والذي لا اله غيره رايت الذي انزلت
عليه سورة البقرة يرمي واجمعوا على انه يعيد الرمي اذا لم تقع الحصاة في العقبة
وانه يرمي في كل يوم من ايام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة
بسبع وانه قد يجوز ان يرمي منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى فمن تعجل
في يومين فلا اثم عليه وقدرها عندهم ان يكون في مثل حصى الخذف لما روي من
حديث جابر وابن عباس وغيرهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمار
بمثل حصى الخذف والسنة عندهم في رمي الجمرات كل يوم من ايام التشريق ان يرمي
الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمي الثالثة فيقف
ولا يقف لما روي ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يفعل ذلك
في رميه والتكبير عندهم عند رمي كل جمرة حسن لانه مروي عنه عليه الصلاة والسلام
واجمعوا ان من سنة رمي الجمار الثلاث في ايام التشريق ان يكون ذلك بعد الزوال
واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في ايام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل
الزوال اعاد رميها بعد الزوال وروي عن ابي جعفر محمد بن علي قال رمي الجمار من طلوع
الشمس الى غروبها واجمعوا على ان من لم يرم الجمار ايام التشريق حتى تغيب الشمس
من اخرها انه لا يرميها بعد واختلفوا في الواجب من ذلك هل الدم او الكفارة فقال
مالك ان ترك رمي الجمار كلها او بعضها او واحدة منها فعليه دم وقال ابو حنيفة
ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جمرة
اطعام مسكين نصف صاع حنطة الى ان يبلغ دما بترك الجميع الا الجمرة العقبة
فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة الواحدة مد من طعام وفي حصاتين

مرتان وفي ثلاثة دم وقال الثوري مثله الا انه قال في الرابعة الدم ورخصت
طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئا والحجة لهم
حديث سعد بن ابي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
في حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول بست فلم يعب
بعضنا على بعض وقال اهل الظاهر لا شيء في ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة
ليست من اركان الحج وقال عبد الملك من اصحاب مالك انها من اركان الحج فهذه
هي جملة افعال الحج من حين الاحرام الى حين ان يحل والتحلل تحللان تحلل اكبر
وهو طواف الافاضة وتحلل اصغر وهو رمي جمرة العقبة وسنذكر ما في هذا
الباب من الاختلاف وقد بقي القول في حكم الاختلافات التي تقع في الحج واعظمها
في حكم من منع في الحج فيفوته بمرض او بعدو او فواته وقت الفعل الذي هو شرط
في صحة الحج او يفسد حجه باتيان بعض المحظورات المفسدة للحج او الافعال
التي هي شرط في صحة افعال الحج ومن فاته الوقت وقضاؤه في التحلل منه او اخل
بفعل من الافعال التي تعود بكذا او افعال فيتخير امر بغيره مما هو نص في الشريعة
وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق راسه قبل محل الحلق
والغالب التفث قبل ان يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم المتمتع وحكم
القارن على القول بان وجوب الهدي في هذه هو لمكان الرخصة القول
في الاحصار فاما الاحصار فالاصل فيه قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر
من الهدي الى قوله فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي
فنقول واختلفوا في هذه الاية اختلافا كثيرا والسبب في اختلافهم في حكم

المحصر

المحصر بمرض او بعدو وهل قول اختلافهم في هذه الاية هل المحصر هاهنا هو المحصر
بالعدو وقال اخرون بل المحصر هاهنا هو المحصر بالمرض فاما من قال ان المحصر
هاهنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى
من راسه قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة
واحتجوا ايضا بقوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج وهذه حجة
ظاهرة ومن قال ان الاية انما وردت في المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من
احصر ولا يقال احصر في العدو وانما يقال حصر العدو واحصره المرض وقال انما ذكر المريض
بعد ذلك لان المرض صنفان صنف محصر وغير محصر وقالوا قوله تعالى فاذا امنتم
معناه من المرض واما الفريق الثاني فقالوا عكس هذا وهو ان افعل ابدا وفعل
في الشيء الواحد انما ياتي لمعنيين اما فعل فاذا اوقع بغيره فعلا من افعال واما
افعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل يقال قتله اذا فعل به القتل واقتله اذا
عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر احق بالعدو وحصر بالمرض لان العدو
انما عرضه للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامن الا بارتفاع
الخوف من العدو وان قيل في المرض فباستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا بامر
يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المرض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر
غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وابي
حنيفة وقال في المحصر هاهنا الممنوع من الحج باي نوع امتنع اما بمرض
او بعدو او بخطا العدد او بغير ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج
ضربان اما محصر بمرض او عذر او عدو فاما المحصر بالعدو فاتفق

الجمهور على انه يحل من عمرته او حجه حيث احصر وقال الثوري والحسن ابن صالح لا يتحلل
الا يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث احصر اختلفوا في ايجاب الهدي عليه وفي موضع
نحره اذا قيل بوجوبه وفي اعادة ما احصر من حج او عمرة فذهب مالك الى انه لا يجب
عليه هدي وانه ان كان معه هدي نحره حيث حل وذهب الشافعي الى ايجاب الهدي
عليه وبه قال اشهب واشترط ابو حنيفة ذبحه في الحرم وقال الشافعي حيث ما حل
واما الاعادة فان مالكا يرى ان لا اعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة وذهب
ابو حنيفة الى انه ان كان احرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج
وعمرتان وان كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند ابي حنيفة ومحمد ابن الحسن
تقصير واختار ابو يوسف تقصيره وعمدة مالك في ان لا اعادة عليه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم حل هو واصحابه بالحديبية فنحروا الهدي وحلقوا رؤوسهم
وحلوا من كل شيء قبل ان يطوفوا بالبيت وقبل ان يصل اليه الهدي ثم لم يعلم
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر احدا من اصحابه ولا ممن كان معه ان يقضي
شيئا ولا ان يعيدوا شيئا وعمدة من اوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها
عمرة القضاء واجمعوا ايضا على ان المحصر بمرض او ما اشبهه عليه القضاء
وسبب الخلاف هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم او لم يقض وهل
يثبت القضاء بالقياس ام لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بامر ثان
غير امر الاداء واما من اوجب عليه الهدي فبنى على ان الاية وردت في المحصر
بالعدو وانها عامة لان الهدي فيها نص وقد احتج بقوله بنحر النبي صلى الله عليه وسلم
واصحابه

واصحابه عام الحديبية حين احصروا وحجة الفريق الاخر ان ذلك الهدي لم يكن هدي تحلل
وانما كان هديا سيق ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو ان لا هدي عليه الا ان يقوم الدليل عليه
واما اختلافهم في مكان الهدي عند من اوجبه فالاصل فيه اختلافهم في موضع نحر
رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه يوم الحديبية فقال ابن اسحاق نحره في الحرم
وقال غيره انما نحره في الحل واحتج بقوله تعالى هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام
والهدي معكوفا ان يبلغ محله وانما ذهب ابو حنيفة الى ان من احصر عن الحج فعليه حجة
وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج في عمرة ولم يتم واحدا منهما فهذا حكم المحصر بعدو
عند الفقهاء واما المحصر بمرض فان مذهب الشافعي واحمد واهل الحجاز انه لا يحله
الا الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمرة لانها
اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس
وخالف في ذلك اهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدو اعني
ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل في ذلك اليوم وبه قال ابن مسعود واحتجوا
بحديث الحجاج بن عمرو الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول من كسر او عرج فقد حل وعليه حجة اخرى وباجماعهم على ان المحصر بمرض
عليه الهدي وقال ابو ثور وداود لا هدي عليه اعتمادا على ظاهر حكم هذا المحصر
وعلى ان الاية الواردة في المحصر هو حصر العدو واجمعوا على ايجاب القضاء
عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الايام او بخفاء الهلال عليه او بغير
ذلك من الاعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال ابو حنيفة من فاته
الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هدي عليه وعليه اعادة الحج والمكي
المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمرة وعليه الهدي واعادة

الحج وقال الزهري لا بد ان يقف بعرفة وان يعش بعشيا واصل مذهب مالك ان للمحصر
للمحصر بمرض ان يبقى على احرامه الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء ولا هدي
عليه وان تحلل بعمرة فعليه هدي المحصر لانه حلق راسه قبل ان يخرج في حجة القضاء
فكل من تاول قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه خطاب للمحصر
وجب عليه ان يقتصر على ظاهر الاية ان عليه هديان هدي لحلقه عند التحلل
قبل نحره في حجة القضاء وهدي للتمتع بالعمرة الى الحج وان حل في اشهر الحج من العمرة
وجب عليه هدي ثالث وهو هدي التمتع الذي هو احد انواع نسك الحج واما
مالك رحمه الله فكان يتاول لمكان هذا ان المحصر انما عليه هدي واحد وكان يقول
ان الهدي الذي في قوله سبحانه فان احصرتم فما استيسر من الهدي هو بعينه
الهدي الذي في قوله تعالى فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي
فيه بعض التاويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة انه في غير
المحصر بل في التمتع الحقيقي فكانه قال فاذا لم تكونوا لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج
فما استيسر من الهدي ويدل على هذا التاويل قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله
حاضري المسجد الحرام والمحصر يستوي فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع
وقد قلنا في احكام المحصر الذي نص الله عليه فلنقل في احكام القاتل للصيد
فنقول ان المسلمين اجمعوا على ان قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد
وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل
منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما ان هذه اية
محكمة واختلفوا في تفاصيلها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه
فمنها انهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته او مثله فذهب

الجمهور

الجمهور الى ان الواجب المثل وذهب ابو حنيفة الى انه مخير بين القيمة
اعني قيمة الصيد وبين ان يشتري بها المثل ومنها انهم اختلفوا في استيناف
الحكم على قاتل الصيد فيما حكم به السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل
نعامة فعليه بدنة تشبيها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة
وحشية فعليه انسية فقال مالك يستانف في كل ما وقع من ذلك الحكم به وقال
ابو حنيفة والشافعي ان اجتزا بحكم الصحابة فيما حكموا فيه جاز ومنها هل الاية
على التخيير او على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال ابو حنيفة
غير ان الحكمان مخير ان الذي عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا
هل يقوم الصيد او المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب
فيشتري بقيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولهم
اختلفوا في تقدير الصيام بالجملة وان كان اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم
لكل مد يوما وهذا الذي يطعم عنده لكل مسكين وبه قال الشافعي
واهل الحجاز وقال اهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر الذي
يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا في قتل الصيد خطا هل فيه جزاء ام لا
فالجمهور على ان فيه الجزاء وقال اهل الظاهر لا جزاء عليه واختلفوا في الجماعة
يشتركون في قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيدا فعلى كل واحد
منهم جزاء كامل وبه قال الثوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد
وفرق ابو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه في الحرم
فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا

هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك الى انه لا يجوز وقال الشافعي
يجوز واختلف اصحاب ابي حنيفة على القولين جميعا واختلفوا في موضع الاطعام
فقال مالك في الموضع الذي اصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والا ففي اقرب المواضع
الى ذلك الموضع وقال ابو حنيفة حيث ما اطعم اجزاه وقال الشافعي لا يطعم
الا مساكين مكة واجمع العلماء على ان المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء
للنص في ذلك واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء
الامصار عليه الجزاء وقال داود واصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون
في تحريم قتل الصيد في الحرم وانما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه
اولم يروا انا جعلنا حرما امنا وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله
حرم مكة يوم خلق السموات والارض وجمهور فقهاء الامصار ان المحرم اذا قتل
الصيد واكله ان ليس عليه الا كفارة واحدة وروي عن عطاء وابي حنيفة ان فيه
كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الاية واما الاسباب التي
دعتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها فنقول اما من اشترط في وجوب
الجزاء ان يكون القتل عمدا فحجته اشتراط ذلك نصا في الاية وايضا فان العمد
هو الموجب للعقاب والكفارات نوع من العقاب واما من اوجبه مع النسيان فلا حجة
له الا ان يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور
تضمن خطا ونسيانا لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء
فقد اجاب بعضهم عن هذا ان العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص
عليه في قوله تعالى ليذوق وبال امره وهذا لا معنى له لان الوبال المذوق

هو

هو الغرامة سواء قتله خطا او عمدا فقد ذاق الوبال ولا خلاف ان الناسي
غير معاقب واكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من اصله ان الكفارة لا تثبت بالقياس
فانه لا دليل لمن اثبتها على الناسي الا القياس واما اختلافهم في المثل هل التشبيه
او المثل في القيمة فان سبب الاختلاف ان المثل يقال على الذي هو مثل في التشبيه
وعلى الذي هو مثل في القيمة لكن حجة من راى ان التشبيه اقوى من جهة دلالة
اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على التشبيه في لسان العرب اظهر واشهر منه
على المثل في القيمة لكن لمن حمل هاهنا المثل على القيمة دلائل حركته
الى اعتقاد ذلك احدها ان المثل هو العدل هو منصوص عليه في الاطعام
والصيام وايضا فان المثل اذا حمل هاهنا على التعديل كان عاما في جميع
الصيد فان من الصيد ما لا يلفى له شبيه وايضا فان المثل فيما لا يوجد له شبيه
هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد في الحقيقة شبيه الا من جنسه ونوعه
اما المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب ان يكون مثلا في التعديل والقيمة
وايضا فان الحكم في التشبيه قد فرغ منه واما الحكم في التعديل فهو شيء يختلف
باختلاف الاوقات ولهذا هو في كل وقت يحتاج الى الحاكمين المنصوص عليهما وعلى
هذا تاتي القراءة في الاية بمشابهة فكانه قال ومن قتله منكم متعمدا فعليه قيمة
مثل ما قتل من النعم او عدل القيمة طعاما او عدل ذلك صياما واما اختلافهم
هل المقدر هو الصيد او مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد
قال لانه الذي لما لم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب
من النعم قال لان الشيء انما هو تقدر قيمته اذا عدم بتقدير مثله اعني شبهه
واما من قال ان الاية على التخيير فانه التفت الى حرف او اذ كان مقتضاها في
لسان العرب التخيير واما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبهها بالكفارات
التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والقتل

واما اختلافهم في هل يستانف الحكم في الصيد الواحد الذي قد وقع فيه الحكم من
الصحابة فالسبب في اختلافهم هل الحكم شرعي غير معقول المعنى ام هو معقول
المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس يوجد شيء اشبه
به منه مثل النعامة فانه لا يوجد شيء اشبه بها من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم
ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد وبه قال مالك واما اختلافهم في الجماعة
يشتركون في قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدي فقط او
التعدي على جملة الصيد فمن قال التعدي اوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة
للصيد جزاء ومن قال التعدي على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد ويشبه
المسئلة تشبيها بالقطع في النصاب في السرقة وفي القصاص في الاعضاء وفي الانفس
وسياتي في موضعه وفرق ابو حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين على
جهة التغليظ على المحرمين ومن اوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر
الى سد الذرائع فانه لو اسقط عنهم الجزاء لكان من اراد ان يصيد في الحرم صاد
في جماعة واذ قلنا ان الجزاء هو كفارة للاثم فيشبه الا يتبعض اثم قتل الصيد
اثم قتل الصيد بالاشتراك فيجب الا يتبعض الجزاء واما اختلافهم
في هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر
لمفهوم المعنى الاصلي في الشرع وذلك انه لم يشترط في الحكمين الا العدالة فيجب
على ظاهر هذا ان يجوز الحكم متى وجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد
او غير قاتل الصيد واما مفهوم المعنى الاصلي في الشرع فهو ان المحكوم عليه لا يكون
حاكما على نفسه واما اختلافهم في الموضع فسببه الاطلاق اعني انه لم يشترط فيه
موضعا فمن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين حتى لا ينقل عن موضعه واما
من راى ان المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين
مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء واما اختلافهم

في الحلال

في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة ام لا فسببه هل يقاس في الكفارات
عند من يقول بالقياس او هل القياس اصل من اصول الشرع عند الذين يختلفون
فيه فاهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد في الحرم على المحرم لنفيهم القياس في الشرع
ويجب على اصل ابي حنيفة ان يمنع لمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم
في تعلق الاثم به لقوله سبحانه اولم يروا انا جعلنا حرما امنا ويتخطف الناس
من حولهم وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم مكة يوم خلق السموات
والارض واما اختلافهم فيمن قتله ثم اكله هل عليه جزاء واحد او جزاءان فسببه
هل اكله تعد ثان عليه سوى تعدي القتل وان كان تعديا فهل هو مساو للتعدي
الاول ام لا وذلك انهم اتفقوا على انه ان اكل اثم ولما كان النظر في كفارة الجزاء
يشتمل على اربعة اركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من يجب عليه ومعرفة الفعل
الذي به يجب ومعرفة محل الوجوب وقد تم الكلام في اكثر هذه الاجناس وبقي
من ذلك امران احدهما اختلاف في بعض الواجبات من الامثال في بعض المصيدات
والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد فمن اصول هذا الباب ما روي عن عمر بن الخطاب
انه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الارنب بعناق وفي اليربوع
بجفرة واليربوع دويبة لها اربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة وهي من
ذوات الكروش والعنز عند اهل العلم من المعز ما قد ولد او ولد مثله والجفرة
والعناق من المعز والجفرة ما اكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق
الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الارنب واليربوع
لا يقومان الا بما يجوز هديا واضحية وذلك الجذع فما فوقه من الضان والثني

فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى هديا بالغ الكعبة ولم يختلفوا
ان من جعل على نفسه هديا الا انه لا يجزيه اقل من الجذع من الضان والثني مما سواه
وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كباره وقال الشافعي يجزي صغار الصيد
بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار وهو مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن
مسعود وحجته ان حقيقة المثل يقتضي في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة
فصيل وابو حنيفة على اصله في القيمة واختلفوا من هذا الباب في حمام مكة
وغيرها فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة واختلف قول ابن القاسم
في حمام الحرم غير مكة فقال مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال
الشافعي في كل حمامة شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل ما لا مثل له
من الصيد فلا جزاء فيه الا الحمام فان فيه شاة ولعله منع ذلك اجماعا فانه
روي ذلك عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة وروي عن عطاء انه قال
في كل شيء من الصيد شاة واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال
مالك ان في بيض النعامة عشر ثمن البدنة وابو حنيفة على اصله في القيمة
ووافقه الشافعي في هذه المسالة وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة ان كان
فيها فرخ ميت ففيه جزاء النعامة واشترط ابو ثور في ذلك ان يخرج الفرخ حيا ثم
يموت وروي عن علي انه قضى في بيض النعامة بان يرسل الفحل على الابل فاذا تبين
لقاحها سميت ما اصيبت من البيض فقلت هذا هدي ثم ليس عليك ضمان
ما فسد من الحمل قال عطاء من كانت له ابل فالقول ما قال علي والا ففي كل بيضة
درهمان قال ابو عمر وقد روي عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي صلى الله عليه وسلم

في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه وهذا ليس بالقوي وروي عن ابن مسعود
ان فيه القيمة قال وفيه اثر ضعيف واكثر العلماء على ان الجراد من صيد البر
يجب على المحرم فيه الجزاء واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضي الله عنه
قبضة من طعام وبه قال مالك وابو حنيفة واصحابه تمرة خير من جرادة وقال الشافعي
في الجراد قيمته وبه قال ابو ثور الا انه قال كل ما تصدق به من حفنة طعام او تمرة فهو له
قيمته وروي عن ابن عباس ان فيها تمرة مثل قول ابي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع
من طعام وهو شاذ وقد روي عن ابن عمر ان فيها شويهة وهو ايضا شاذ فهذه
هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه واما اختلافهم
فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم اتفقوا
على ان صيد البر محرم على المحرم الا الخمس فواسق المنصوص عليها واختلفوا فيما
يلحق بها مما ليس يلحق واتفقوا على ان صيد البحر حلال له واختلفوا فيما هو من صيد
البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين
الجنسين وما اختلفوا فيه فنقول ثبت من حديث ابن عمر وغيره ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب والحداة
والعقرب والفارة والكلب العقور واتفق العلماء على القول بهذا الحديث
وجمهورهم على القول باباحة قتل ما تضمنه لكونه صيدا وان كان بعضهم اشترط
في ذلك او صائلا واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص او من باب الخاص
اريد به العام والذين قالوا هو من الخاص اريد به العام اختلفوا في اي عام اريد
بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث اشارة الى كل سبع عاد
وان ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التي لا تعدو

وما كان منها ايضا لا يبتدى ولا خلاف في منعهم قتل الحية والافعى وهو مروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم في قتل الافعى والكلب الاسود وقال مالك
لا ارى قتل الوزغ والاخبار في قتلها متواترة لكن مطلقا لا في الحرم ولذلك توقف
فيها مالك وقال ابو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسي والذيب وشذت
طايفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع وقال الشافعي كل محرم الاكل فهو في معنى
الخمس وعمدة الشافعي انه انما رخص للمحرم ما احل للحلال واما المباح الاكل
لا يجوز قتلها باجماع لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صبر البهايم واما
ابو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسي فقط بل ما في معناه من كل ذيب
وحشي واختلفوا في الزنبور فبعضهم اشبهه بالعقرب وبعضهم راى انه اضعف
نكاية من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن انواعا من الفساد فمن راى انه
من باب الخاص اريد به العام الحق بواحد واحد منها ما يشبهه ان كان له شبيه ومن
لم ير ذلك قصر النهي عن المنطوق به وشذت طايفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع
فخصصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما روي عن عايشة عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فيها الغراب الابقع وشذ النخعي
فمنع المحرم قتل الفارة واما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو
فانهم اتفقوا على ان السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدا السمك وذلك بناء
منهم على ما كان منه يحتاج الى ذكوة ان كان حلالا وكل ما هو منه حلال مما ليس
بحلال وذلك انهم اتفقوا على ان ما كان منه يحتاج الى ذكوة فليس من صيد البحر
واكثر من ذلك ما كان مع ما للخلاف فيما ما فعل جميع ما في البحر ان صيده حلال
وانما الخلاف [illegible] فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفي الماء مثل [illegible]
يلحق وقياس قول اكثر العلماء انه يلحق بالذي عيشه فيه غالبا وهو حيث يولد

[illegible] قال رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]

والجمهور

والجمهور على ان طير الماء يحكمون له بحكم حيوان البر وروي عن عطاء انه قال في طير
الماء حيث كان اغلب عيشه يحكم له بحكمه واختلفوا في نبات الحرم هل فيه جزاء
ام لا فقال مالك لا جزاء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهي الوارد في ذلك وقال
الشافعي فيها الجزاء في الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال ابو حنيفة كل ما كان
من غرس الانسان فلا شي فيه وكل ما كان نابتا بطبعه ففيه قيمته وسبب الخلاف
هل يقاس النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما في النهي وذلك في قوله عليه الصلاة
والسلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول في مشهور مسايل هذا
الجنس القول في فدية الاذى واما فدية الاذى فيجمع ايضا عليها الورود الكتاب
بذلك والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية
من صيام او صدقة او نسك واما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت انه كان مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فاذاه القمل في راسه فامره رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يحلق راسه وقال صم ثلاثة ايام او اطعم ستة مساكين
مدين مدين لكل انسان او انسك شاة اي ذلك فعلت اجزا عنك والكلام في هذه
الاية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب واذا وجبت فما هي الفدية الواجبة
وفي اي شي تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب واين تجب فاما من تجب الفدية
فان العلماء اجمعوا على انها واجبة على من اماط الاذى من ضرورة لورود النص
بذلك واختلفوا فيمن اماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص
عليها وقال الشافعي وابو حنيفة ان حلق دون ضرورة فانما عليه دم فقط
واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الاذى ان يكون متعمدا
والناسي في ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد
وهو قول ابي حنيفة والثوري والليث وقال الشافعي في احد قوليه

ولعل الظاهرية لا فدية على الناسي فيما اشترط فيه وجوب الفدية الضرورة بدليل
النص ومن اوجب ذلك على غير المضطر فحجته انه اذا وجبت على المضطر فهي على
غير المضطر اوجب ومن فرق بين العامد والناسي فلتفريق الشرع في ذلك بينهما
في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطاتم به ولاكن
ما تعمدت قلوبكم ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطا
والنسيان واما ما يجب في فدية الاذى فان العلماء اتفقوا على انها ثلاث خصال
على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة
او نسك والجمهور على ان الاطعام لستة مساكين وان النسك اقله شاة وروي
عن الحسن وعكرمة ونافع انه اجاز الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة
ايام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت واما من قال الصيام عشرة
ايام فقياسا على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد ايضا في جزاء
الصيد في قوله سبحانه او عدل ذلك صياما واما كم يطعم لكل مسكين من المساكين
الستة الذي ورد فيه النص فان العلماء اختلفوا في ذلك لاختلاف الاثار في الاطعام
في الكفارات فقال مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابهم الاطعام في ذلك مدان بمد
النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروي عن الثوري انه قال من البر نصف صاع
ومن التمر والشعير والزبيب صاع وروي ايضا عن ابي حنيفة مثله وهو اصله في الكفارات
واما ما يجب فيه الفدية فانهم اتفقوا على انها تجب على من حلق راسه لضرورة من مرض او
حيوان يوذيه في راسه قال ابن عباس المرض ان يكون براسه قروح والاذى القمل
وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره والجمهور على ان كل ما منعه
المحرم من لبس الثياب وحلق الراس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه
الفدية او دم على اختلاف بينهم في ذلك او اطعام ولم يجعلوا بين الضرورة

وغيره

وغيرها في هذه الاشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس في قص الاظفار
شيء وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع واختلفوا
فيمن اخذ بعض اظفاره فقال الشافعي وابو ثور ان اخذ ظفرا اطعم مسكينا
واحدا وان اخذ ظفرين اطعم مسكينين وان اخذ ثلاثا فعليه دم في مقام واحد وقال ابو حنيفة
في احد اقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها وقال ابو محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره
وشاربه وهو شذوذ وعنده لا فدية الا على الراس بعينه للضرورة التي ورد فيها
النص واجمعوا على منع حلق شعر الراس واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد
فالجمهور على ان فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه واختلفوا فيمن نتف
من راسه الشعرة والشعرتين او من لحيته فقال مالك ليس على من نتف الشعر
اليسير شيء الا ان يكون اماط به الاذى فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة
مد وفي الشعرتين مدان وفي الثلاث دم وبه قال الشافعي وابو ثور وقال عبد الملك
صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية فحجة من منع المحرم
حلق الشعر انه عبادة تسوي بين القليل والكثير ومن فرق فمن ذلك منع النظافة
والزينة والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس
في ازالته زوال اذى واما موضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل في ذلك
ما شاء ان شاء بمكة وغيرها وان شاء ببلده وسواء في ذلك عنده ذبح النسك
والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذبح عند مالك هاهنا نسك وليس بهدي
فانما الهدي لا يكون الا بمكة او بمنى وقال ابو حنيفة والشافعي الدم والاطعام
لا يجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن الحسن ما كان من دم فبمكة
وما كان من اطعام وصيام فحيث شاء وعن ابي حنيفة مثله ولم يختلف

قول الشافعي ان دم الاطعام لا يجزئ الا لمساكين الحرم. وسبب الخلاف استعمال
قياس دم النسك على الهدي فمن قاسه على الهدي اوجب فيه شرط الهدي في الذبح
في المكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وان كان مالك يرى ان الهدي يجوز اطعامه لغير
مساكين الحرم والذي جعل النسك والهدي نوعان المقصود بهما منفعة المساكين
المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسميهما فسمى احدهما
نسكا وسمى الآخر هديا وجب ان يكون حكمهما مختلفا. واما الوقت فان الجمهور
على ان هذه الكفارة لا تكون الا بعد اماطة الأذى وبعضهم ان يدخله الخلاف قياسا
على كفارة الايمان فهذا هو القول في كفارة اماطة الأذى. واختلفوا في حلق الرأس
هل هو من مناسك الحج او هو مما يتحلل به منه ولا خلاف بينهم انه من اعمال الحج
وان الحلاق افضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم
المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال والمقصرين. واجمع العلماء ان النساء
لا يحلقن وان سنتهن التقصير. واختلف هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر او لا
فقال مالك الحلاق نسك للحاج والمعتمر وهو افضل من التقصير ويجب على كل
من فاته الحج واحصر بعدو او مرض وهو قول جماعة الفقهاء الا في المحصر بعدو فان
ابا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فان من جعل الحلاق والتقصير
نسكا اوجب في تركه الدم ومن لم يجعله نسكا لم يوجب فيه شيئا. القول في كفارة
المتمتع. واما كفارة المتمتع التي نص الله عليها في قوله سبحانه فمن تمتع
بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي الآية فانه لا خلاف في وجوبها واما الخلاف
في المتمتع من هو فقد تقدم. واما ذكر الخلاف والقول في هذه الكفارة ايضا

من جمع

من جمع الى تلك الاجناس بعينها على من تجب. واما الواجب فيها ومتى تجب ولمن
تجب واي مكان تجب فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الاختلاف
في المتمتع من هو. واما اختلافهم في الواجب فان الجمهور من العلماء على ان ما استيسر
من الهدي هو شاة. واحتج مالك في ان اسم الهدي قد ينطلق على الشاة
لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب
في جزاء الصيد. وذهب ابن عمر الى ان اسم الهدي لا ينطلق الا على الابل والبقر
وان معنى قوله سبحانه فما استيسر من الهدي ان بقرة ادون من بقرة وبدنة
ادون من بدنة. واجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وانه من لم يجد الهدي
ففرضه الصيام. واختلفوا في حد الزمان الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدي
الى الصيام فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد
الهدي في اثناء الصوم. وقال ابو حنيفة ان وجد الهدي في صوم الثلاثة الايام لزمه
وان وجده في صوم السبعة لم يلزمه. وهذه المسألة نظيرة مسألة من طلع
عليه الماء في الصلاة وهو متيمم. وسبب الخلاف هل ما هو شرط في ابتداء العبادة
هو شرط في استمرارها ام لا. وانما فرق ابو حنيفة بين الثلاثة والسبعة
لان الايام عنده بدل من الهدي والسبعة ليست ببدل. واجمعوا على انه اذا صام
الثلاثة الايام في العشر الاول من ذي الحجة انه قد اتى بها في محلها لقوله سبحانه
فصيام ثلاثة ايام في الحج ولا خلاف ان العشر الاول من ايام الحج. واختلفوا فيمن صامها
في ايام عمل العمرة قبل ان يهل بالحج او صامها في ايام منى فاجاز مالك
صيامها في ايام منى ومنعه ابو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب

الهدي في ذمته ومنعه مالك قبل التشريق وفي أيام عمل الحج وأجازه أبو حنيفة
وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الأيام المختلف فيها أم لا وإن
انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزئ إلا بعد وقوع موجبها أم تجزئ قبل
وقوع موجبها قال لا يجزئ الصوم إلا بعد التشريق وفي الحج ومن قاسها على كفارة الأيمان
قال يجزئ واتفقوا أنه إذا صام السبعة الأيام في أهله أجزأه واختلفوا إذا
صامها في الطريق فقال مالك يجزئ الصوم وقال الشافعي لا يجزئ وسبب الاختلاف
الاحتمال الذي في قوله سبحانه إذا رجعتم هل اسم الراجع ينطلق على من فرغ من
الصوم وعلى من يعود إلى الرجوع بنفسه فهذه هي الكفارات التي تثبت بالسمع وهي
من المتفق عليها ولا خلاف أن من فاته الحج بفوات ركن من أركانه إما من قبل غلطه
في الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو إتيانه في الحج بفعل مفسد له أن عليه
القضاء إذا كان حجا واجبا وهل عليه هدي مع القضاء اختلفوا فيه وإن كان
تطوعا فعليه قضاء أم لا الخلاف في ذلك كله إلا أن الجمهور على أن عليه الهدي لمكان
النقصان الداخل عليه بوجوب الهدي وشذ قوم فقالوا لا هدي أصلا
ولا قضاء إلا أن يكون في حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون غيره
من سائر العبادات أنه يمضي في المفسد له ولا يقطعه وعليه حج وشذ قوم فقالوا
هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله
والجمهور قاسوا على غير ذلك من العبادات إذا وردت عليها المفسدات واتفقوا
على أن المفسدات للحج إنما هي من الأفعال المأمور باجتنابها التي هي شرط في صحته على
اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن وأما من المتروك وإن كان اختلفوا في الوقت
الذي

الذي وقع فيه الجماع كان مفسدا للحج فأما إجماعهم على إفساد الجماع للحج فلقوله
سبحانه فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج
واتفقوا على أن من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك
من وطئ من المعتمرين قبل أن يطوف ويسعى واختلفوا في فساد الحج بالوطء
بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة أو بعد الجمرة وقبل طواف الإفاضة
الذي هو الواجب فقال مالك من وطئ قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حجه
وعليه الهدي والقضاء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري عليه
الهدي بدنة وحجه تام وعن الثوري مثل ذلك عن مالك وقال مالك من وطئ بعد
رمي جمرة العقبة وقبل الطواف حجه تام وعلى قول مالك في أن الوطء
قبل الإفاضة لا يفسد الحج قال الجمهور ويلزمه عندهم الهدي وقالت
طائفة من وطئ قبل الإفاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر وسبب الخلاف
أن للحج تحللا يشبه التسليم في الصلاة وهو التحلل الأكبر وتحلل أصغر وهل
يشترط في إفساده الجماع تحللان أو أحدهما ولا خلاف بينهم أن التحلل الأصغر
الذي هو رمي الجمرة يوم النحر أنه يحل به الحاج من كل شيء حرم عليه إلا النساء
والطيب والصيد فإنهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك أنه يحل له كل شيء
إلا النساء والطيب وقيل عنه إلا النساء والطيب والصيد لأن الظاهر من قوله
وإذا حللتم فاصطادوا أنه التحلل الأكبر واتفقوا أيضا على أن المعتمر يحل
من عمرته إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وإن لم يكن حلق
ولا قصر لثبوت الآثار في ذلك إلا خلافا شاذا وروي عن ابن عباس أنه يحل
بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل إلا بعد الحلاق وإن جامع قبله فسدت عمرته

للعذر الا بفدية فان لم يجد صام عن كل مد يوما قال والاطعام والهدي ليكون بمكة
او بمنى والصوم حيث شاء وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطء وحلق
شعر او احصار فان صاحبه ان لم يجد الهدي صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا
رجعتم ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم ها هنا بدم التمتع والشافعي
شبهه بالدم الواجب في الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا في كفارة الصيد
وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى ان الصيام والاطعام قد وقع نصا في الشرع
في موضعين فلم يقع بدلهما الا في موضع واحد فقياس المسكوت على المنطوق
به في الاطعام اولى فهذا ما يخص الفساد بالجماع واما الفساد بفوات الوقت
وهو ان يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء اجمعوا على ان من هذه صفته
لا يخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة اعني انه يحل
بعمرة وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدي ام لا فقال مالك والشافعي
واحمد والثوري وابو ثور عليه الهدي وعمدتهم اجماعهم على ان من حبسه
المرض حتى فاته الحج ان عليه الهدي وقال ابو حنيفة يتحلل بعمرة ويحج من قابل
ولا هدي عليه وحجة الكوفيين ان الاصل في الهدي انما هو بدل من القضاء فاذا
كان القضاء فلا هدي الا ما خصصه الاجماع واختلف مالك والشافعي
وابو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضي حجا مفردا او مقرونا بعمرة
فذهب مالك والشافعي على انه يقضي قارنا لانه يقضي مثل الذي عليه و
قال ابو حنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته وليس يقضي الا ما فاته
وجمهور العلماء على ان من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام اخر
وهذا هو الاختيار عند مالك الا انه اجاز ذلك ليسقط عنه الهدي ولا يحتاج

واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدماته فالجمهور على ان
التقاء الختانين يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر
الانزال مع التقاء الختانين ان يشترطه في الحج واختلفوا في انزال الماء
فيما دون الفرج فقال ابو حنيفة لا يفسد الحج الا الانزال في الفرج وقال الشافعي
ما يوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك
مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعي من جامع دون الفرج
ان يهدي واختلفوا فيمن وطئ مرارا فقال مالك ليس عليه الا هدي واحد
وقال ابو حنيفة ان كرر الوطء في مجلس واحد كان عليه هدي واحد وان كرره
في مجالس كان عليه لكل وطء هدي وقال محمد بن الحسن كان يجزيه هدي
واحد وان كرر الوطء ما لم يهد للوطء الاول وعن الشافعي ثلاثة الاقوال
الا ان الاشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسيا فسوى
مالك في ذلك بين العمد والنسيان وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه
واختلفوا هل على المراة هدي فقال مالك ان طاوعته فعليها هدي
وان اكرهها فعليه هديان وقال الشافعي ليس عليه الا هدي واحد
كقوله في المجامع في رمضان وجمهور العلماء على انهما حجا قابلا يفترقان اعني
الرجل والمراة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقان مروي عن بعض الصحابة
والتابعين وبه قال ابو حنيفة واختلف مالك والشافعي من اين يفترقان
فقال الشافعي من حيث افسدا والتفرقة عقوبة ومن لم ياخذ بها اجرى
على الاصل انه لا يثبت حكم في هذا الباب الا بسماع واختلفوا في الهدي
الواجب في الجماع ما هو فقال مالك وابو حنيفة شاة وقال الشافعي

أن يتحلل بعمرة وأصل اختلافهم في هذه المسألة اختلافهم فيمن أحرم بالحج
في غير أشهر الحج فمن لم يجعله من شرط الحج قال إنه يبقى محرما إلى عام
آخر ومن أجاز الإحرام في غير أيام الحج أجاز له البقاء فهذا ما حضرنا في الكفارات الواجبة
بالنص في الحج في صفة القضاء في الحج الفائت والفاسد وفي صفة إحلال من فاته الحج
وقلنا قبل ذلك الكفارات المنصوص عليها وما ألحق الفقهاء بذلك من كفارة المحصر
بحج وبقي أن نقول في الكفارات التي اختلفوا منها في ترك نسك من مناسك الحج
مما لم ينص عليه القول في الكفارات المسكوت عنها فنقول إن الجمهور اتفقوا
على أن النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذي هو سنة
تجب على تركه الدم لأنه جبر لنقص أصله المتمتع والقارن وروي عن ابن عباس أنه
قال من فاته من نسكه شيء فعليه دم وأما الذي هو فعل فضيلة فليس فيه دم
ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا في ترك نسك نسك هل فيه دم أو لا وذلك لاختلافهم
هل هو سنة أو فعل وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم أنه لا يجبر بالدم
وإنما يختلفون في الفعل الواجب نفسه ما قبل اختلافهم هل هو فرض أو لا وأيضا
أهل الظاهر فإنهم لا يرون دما إلا حيث ورد النص لمنعهم القياس وبخاصة في
العبادات وكذلك اتفقوا على أن ما كان من النسك مسنونا ففعله ففيه فدية
الأذى وما كان من غير ذلك فليس فيه شيء واختلفوا في ترك فعل لاختلافهم
هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية إلا في المنصوص عليه ونحن
نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك أعني في وجوب الدم أو لا
وجوبه من أول المناسك إلى آخرها وكذلك في فعل محظور محظور فأول
ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال

قوم

قوم لا دم عليه وقال قوم عليه دم وإن رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروي عن الثوري
وقال قوم إن رجع إليه فليس عليه دم وإن لم يرجع فعليه الدم وهو قول الشافعي
وأبي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري وقال أبو حنيفة إن رجع ملبيا فلا دم عليه
وإن رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبر بالدم واختلفوا
فيمن غسل رأسه بالخطمي فقال مالك وأبو حنيفة يفتدي وقال الثوري وغيره لا شيء عليه
ورأى مالك في الحمام الفدية وأباحه الأكثر وبه ورد عن ابن عباس من طريق ثابت
والجمهور على أنه يفتدي من لبس من المحرمين ما نهي عن لباسه واختلفوا في لبس
السراويل لعدم الإزار هل يفتدي فقال مالك وأبو حنيفة يفتدي وقال الشافعي
والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه إذا لم يجد إزارا وعمدة من منع
النهي المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الإزار والخف
لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين
فقال مالك عليه الفدية وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا
في لبس المرأة القفازين هل فيه فدية وقد ذكرنا كثيرا من هذه الأحكام في باب الإحرام
وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم واتفقوا أن من نكس
الطواف أو نسي شوطا من أشواطه أنه يعيد ما دام بمكة واختلفوا إذا بلغ إلى
أهله فقال قوم منهم أبو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعود فيتم ما نقصه
ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم فيمن ترك الرمل في الثلاثة الأشواط
وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور واختلف في ذلك

قول مالك واصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها مبني على انه هل هو سنة او لا وفي
تفريق القول في ذلك وتقبيل الحجر او تقبيل يده اذا لم يصل الى الحجر عند كل من لم يوجب
الرمل فيما اسلفنا على المتمتع اذا ترك فعليه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسي ركعتي الطواف
حتى رجع الى بلده هل عليه دم ام لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري يركعهما ما دام
في الحرم وقال الشافعي وابو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع
انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة هل عليه دم او لا فقال
مالك ليس عليه شيء الا ان يكون قريبا فيعود وقال ابو حنيفة والثوري عليه
دم ان لم يعد وان لم يرجع عندهما ما لم يبلغ المواقيت وحجة مالك انه سنة
موكدة سقطت عن المكي والحائض وعند ابي حنيفة انه اذا لم يرمل في الحج في الطواف
اعاد ما لم يخرج فان كان قد خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة
الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام
في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده ابدا الا اذا رجع الى بلده
فان عليه دما وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه
وسلم طاف بالبيت راكبا لا من مرض ولكنه احب ان يستشرف الناس اليه
ومن ترك السعي واجبا فعليه دم اذا انصرف الى بلده ومن راى تطوعا لم يوجب
عليه شيئا وقد تقدم اختلافهم ايضا فيمن قدم السعي على الطواف هل يجزيه اذا
لم يعد حتى خرج من مكة واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل
الغروب فقال الشافعي واحمد ان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه
وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال ابو حنيفة والثوري عليه الدم

رجع

ان لم يرجع وقد مضى هذا واختلفوا فيمن وقف بعرنة من عرفة فقال الشافعي
لا حج له وقال مالك عليه دم وسبب الاختلاف هل النهي عن الوقوف به من باب الحظر
او من باب الكراهية وقد ذكرنا من افعال الحج الى انقضائها كثيرا من اختلافهم
فيما في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل
ذكره هنالك وقد قلنا في وجوب هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمن هذه العبادة
ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه ايضا من الافعال في مكان مكان من اماكنها
وزمن زمن من ازمنتها الخاصة بها الى انقضاء زمانها ثم قلنا في احكام التحلل الواقع
في هذه العبادات وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل
يوجب الاعادة وقلنا ايضا في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا
الباب يدخل من شرع فيها فحصر بمرض او عدو والذي بقي من افعال هذه العبادة
هو القول في الهدي وذلك ان هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادات
وهو مما ينبغي ان يفرد بالنظر القول في الهدي فنقول ان النظر في الهدي يشتمل
على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه
ومن اين يساق والى اين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر
فنقول انهم اجمعوا ان الهدي المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع
والواجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب في بعض انواع هذه
العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ما هو واجب في بعض انواع
هذه العبادة فهو هدي المتمتع باتفاق وهدي القارن باختلاف واما
الذي هو كفارة فهدي الفساد على مذهب من يشترط فيه الهدي وهدي كفارة
الصيد وهدي القاء الاذى والتفث وما اشبه ذلك من الهدي الذي فلسم

الفقهاء متفقون على انه لا يكون الهدي الا من الازواج الثمانية التي نص الله
عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا
في الضحايا واما الاسنان فانهم اجمعوا ان الثني فما فوقه يجزي منها وانه لا يجزي في
الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لابي بردة
تجزي عنك ولا تجزي عن احد بعدك واختلفوا في الجذع من الضان فاكثر اهل العلم
يقولون بجوازه في الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يجزي في الهدايا الا الثني
من كل جنس ولا خلاف في ان الاعلى ثمنا من الهدايا افضل وكان ابن الزبير يقول
لبنيه يا بني لا يهدين احدكم لله من الهدي شيئا يستحيي ان يهديه لكريمه
فان الله اكرم الكرماء واحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم في الرقاب وقد سئل ايضا افضل فقال اعلاها ثمنا وانفسها عند
اهلها وليس في عدد الهدي حد معلوم وكان هدي رسول الله صلى الله عليه
وسلم مائة واما كيفية سوق الهدي فهو التقليد والاشعار بانه هدي
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذي الحليفة
قلد الهدي واشعره واحرم واذا كان الهدي من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد
نعلا او نعلين او ما اشبه ذلك مما هو من جنس النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال
مالك وابو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي واحمد وابو ثور وداود تقلد
لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم
اهدى الى البيت مرة غنما فقلدها واستحبوا توجيهها الى القبلة في حين
تقليدها واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع
عن ابن عمر واستحب الشافعي واحمد وابو ثور الاشعار من الجانب الايمن
لحديث

لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعا
ببدنة واشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين
واما من اين يساق الهدي فان مالكا يرى ان من سنته ان يساق من الحل ولذلك ذهب
الى ان من اشترى الهدي بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه ان يقفه بعرفة وان لم يفعل
فعليه البدل واما ان كان ادخله من الحل فيستحب له ان يقفه بعرفة وهو
قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وابو ثور وقوف الهدي سنة
ولا حرج على من لم يقفه كان داخلا من الحل او لم يكن وقال ابو حنيفة ليس توقيف الهدي
بعرفة من السنة وحجة مالك في ادخال الهدي من الحل الى الحرم ان النبي صلى الله عليه
وسلم كذلك فعل وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل
التقليد وقال ابو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروي عن عائشة التخيير في تعريف الهدي ولا تعريفه
واما محله فهو البيت العتيق كما قال الله سبحانه ثم محلها الى البيت العتيق وقال
هديا بالغ الكعبة واجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد
الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة اراد به النحر بمكة احسانا لمساكينهم وفقرائهم
وكان مالك يقول انما المعنى في قوله بالغ الكعبة مكة وكان لا يجيز لمن نحر هديه في الحج
الا ان ينحره بمكة وقال الشافعي وابو حنيفة ان نحر في غير مكة من الحرم اجزاه وقال
الطبري يجوز نحر الهدي حيث شاء المهدي الا هدي القران وجزاء الصيد فانه لا ينحر
الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفي العمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه في نحر
المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمنى اجزاه وحجة مالك انه لا يجوز النحر
بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم وكل فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى

ما لم يكن لهم هدي العمرة فإن جاز ذبحه بغير مكة وأما متى ينحر فإن مالكا قال إن ذبح
هدي المتمتع أو التطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه أبو حنيفة في التطوع
وقال الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور أن ما عدل من
الهدي بالصيام أنه يجوز حيث شاء لأنه منفعة في ذلك لا لأهل الحرم ولا لأهل مكة
وإنما اختلفوا في الصدقة المعدولة من الهدي فجمهور العلماء على أنها لمساكين
مكة والحرم لأنها بدل من جزاء الصيد الذي هو لهم وقال مالك الإطعام كالصيام يجوز بغير
مكة وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على أن التسمية مستحبة فيها لأنها ذكوة
ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمطيق أن يلي نحر هديه بيده
وإن استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنته
أن تنحر قياما لقوله سبحانه فاذكروا اسم الله عليها صواف وقد تكلم في صفة النحر
في كتاب الذبائح وأما ما يجوز لصاحب الهدي من الانتفاع به وبلحمه ففي ذلك
مسائل مشهورة إحداها هل يجوز له ركوب الهدي الواجب أو التطوع فذهب أهل
الظاهر إلى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكره
جمهور فقهاء الأمصار ركوبها من غير ضرورة والحجة للجمهور من السنة ما خرجه
أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدي فقال سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهرا ومن طريق المعنى
أن الانتفاع بما قصد به القربة إلى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل
الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها وذلك في الثانية أو في الثالثة وأجمعوا
على أن هدي التطوع إذا بلغ محله أنه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وأنه
إذا

209

إذا عطب قبل أن يبلغ محله أنه يخلي بينه وبين الناس ولم يأكل منه وزاد داود
ولا يطعم منه أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدي
مع ناجية الأسلمي فقال إن عطب فانحره ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال
بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل
منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب
مالك عليه قيمة ما أكل أو أمر بأكله فعلا ما يتصرف به وروي عن علي وابن مسعود
وابن عباس وعن جماعة من التابعين وما عطب في الحرم قبل أن يصل مكة فقد بلغ
محله أم لا فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم في هل المحل هو مكة أو الحرم وأما
الهدي الواجب إذا عطب قبل محله فإن لصاحبه أن يأكل منه لأن عليه بدله
ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستعين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في الأكل
من الهدي الواجب إذا بلغ محله فقال الشافعي لا يؤكل من الهدي الواجب كله
ويطعمه كله المساكين وكذلك جله إن كان مجللا والنعل الذي قلد به وقال مالك يؤكل
من كل الهدي الواجب إلا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى وقال أبو حنيفة
لا يؤكل من الهدي الواجب إلا هدي المتعة وهدي القران وعمدة الشافعي تشبيهه
جميع أصناف الهدي الواجب بالكفارة وأما من فرق فلأنه يظهر في الهدي معنيان أحدهما
أنه عبادة مبتدأة والثاني أنه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر من الآخر فمن غلب شبه
العبادة على شبه الكفارة في نوع من أنواع الهدي كهدي القران والمتمتع وخاصة
عند من يقول إن التمتع والقران أفضل لم يشترط إلا ما فصل لأن هذا الهدي عنده
لم يشترط إلا يأكل لأن هذا الهدي عنده هو فضيلة لا كفارة ترفع العقوبة ومن غلب
شبه الكفارة قال لا يأكله لاتفاقهم أنه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة وقد سقط

كان هدي جزاء الصيد وفدية الأذى فلا بد من أمره أنه كفارة لم تختلف هؤلاء
الفقهاء في أنه لا يأكل منه وقد قلنا في حكم الهدي وفي جنسه وفي سنه وكيفية
سوقه وإشعاره ومحله من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك
ما قصدناه والله الموفق للصواب. بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الزكاة والكلام المحيط بهذه العبادة

بعد معرفة وجوبها ينحصر في خمس جمل الجملة الأولى في معرفة من تجب عليه الثانية
في معرفة ما تجب فيه من الأموال الثالثة في معرفة كم تجب وفي كم تجب الرابعة
في معرفة متى تجب ومتى لا تجب الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له وأما
وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والإجماع ولا خلاف في ذلك وأما على من تجب
فإنهم اتفقوا أنها تجب على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك للنصاب ملكا واختلفوا
في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذي
عليه الدين أو له الدين ومثل المال المحبس الأصول أما الصغار فإن قوما قالوا تجب
الزكاة في أموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي
والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الأمصار وقال قوم
ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير من
التابعين وفرق قوم بين ما تخرجه الأرض وبين ما لا تخرجه فقالوا عليه الزكاة
في أموالهم ما تخرجه الأرض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض
والعروض وهو أبو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه
الزكاة إلا في الناض وسبب اختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أو لا إيجابها

هو

هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أو هي
حق واجب للفقراء على الأغنياء فمن قال إنها عبادة اشترط فيها البلوغ
ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبر في ذلك
بلوغا من غيره وأما من فرق بين ما تخرجه الأرض أو لا تخرجه وبين الخفي والظاهر
فلا أعلم له مستندا في هذا الوقت وأما أهل الذمة فإن الأكثر على أن لا زكاة على جميعهم
إلا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بني تغلب أعني أن يؤخذ منهم
مثلا ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة
وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك قول وإنما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه
فعل عمر بن الخطاب بهم وكأنهم رأوا أن مثل هذا توقيف ولكن الأصول تعارضه
وأما العبيد فإن الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لا زكاة في أموالهم
أصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال
آخرون زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي فيما حكاه ابن المنذر والثوري
وأبو حنيفة وأصحابه وأوجبت طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروي عن
ابن عمر وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر وممن قال
لا زكاة في مال العبد فيما أظن وجمهورهم على أن لا زكاة في مال المكاتب حتى
يعتق وقال أبو ثور في ماله الزكاة وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد
اختلافهم في هل يملك ملكا تاما أو أن السيد هو المالك إذا كان لا يخلو مال من مالك
قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لا واحد منهما يملكه ملكا تاما لا السيد إذ كانت
يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد أيضا لأن للسيد انتزاعه منه قال لا زكاة
في ماله أصلا ومن رأى أن اليد هي الملك أوجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه

تشبيها بتصرف الحي فمن قال الزكوة عليهم لاسيما من كان عنده ان الخطاب العام يتناول
الاحرار والعبيد وان الزكوة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد في المال واما
المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق اموالهم او تستغرق ما تجب فيه
من اموالهم وبايديهم اموال تجب فيها الزكوة فانهم اختلفوا في ذلك فقال قوم
لا زكوة في مال حبا كان او غيره حتى تخرج منه الديون فان بقي ما تجب فيه الزكوة زكي
والا فلا وبه قال الثوري وابو ثور وابن المبارك وجماعة وقال ابو حنيفة واصحابه
الدين لا يمنع زكوة الحبوب ويمنع ما سواها وقال مالك الدين يمنع زكوة الناض
فقط الا ان يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لا يمنع وقال قوم بمقابل القول
الاول وهو ان الدين لا يمنع زكوة اصلا والسبب في اختلافهم اختلافهم هل
الزكوة عبادة او حق مرتب في المال للمساكين فمن راى انه حق لهم قال لا زكوة
في مال من عليه الدين لان حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو
في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال بيده ومن قال انها عبادة قال تجب
على من بيده مال لان ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على
المكلف سواء كان عليه دين او لم يكن وايضا فانه قد تعارض هنالك حقان حق
لله وحق للادمي وحق الله احق ان يقضى والاشبه بغرض الشرع اسقاط الزكوة
عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام فيها صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على
فقرائهم والمديان ليس بغني واما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب والناض
وغير الناض فلا اعلم له شبهة بينة وقد كان ابو عبيد يقول انه ان كان لا يعلم ان عليه
دينا الا بقوله لم يصدق وان علم ان عليه دينا لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول
باسقاط الدين الزكوة وانما هو قول من يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال واما

المال

المال الذي هو في الذمة اعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا
فيه ايضا فقوم قالوا لا زكوة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكوة عند
القابض له وهو الحول وهو احد قولي الشافعي وبه قال الليث او هو قياس من
قوله وقوم قالوا اذا قبض زكاه لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد
وان اقام عند المديان سنين اذا كان اصله عن عوض واما ان كان عن غير عوض مثل
الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك ومن هذا الباب اختلافهم
في زكوة الثمار المحبسة الاصول وفي زكوة الارض المستاجرة على من تجب زكوة
ما تخرج هل على صاحب الارض او صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في ارض الخراج اذا
انتقلت من اهل الخراج الى المسلمين وهم اهل العشر او ارض العشر وهي ارض
المسلمين اذا انتقلت الى اهل الخراج اعني اهل الذمة وذلك انه يشبه ان يكون سبب
الخلاف في هذا كله انها ملك ناقص المسالة الاولى واما زكوة الثمار المحبسة الاصول
فان مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكوة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكوة
فيها وفرق قوم بين ان تكون محبسة على المساكين وبين ان تكون على قوم باعيانهم
فاوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت
على المساكين ولا معنى لمن اوجبها على المساكين لانه يجتمع في ذلك سببان اثنان
احدهما انها ملك ناقص والثاني انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم
الصدقة لا من الذين تجب عليهم واما المسالة الثانية وهي الارض المستاجرة على من
تجب زكوة ما تخرج فان قوما قالوا الزكوة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي
والثوري وابن المبارك وابو ثور وجماعة وقال ابو حنيفة واصحابه الزكوة على رب
الارض وليس على المستاجر شيء والسبب في اختلافهم هو هل العشر

حق الارض او حق الزرع او حق مجموعهما الا انهم لم يقل احد بحق مجموعهما وهو في الحقيقة
حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا في ايهما هو اولى ان
ينسب الى الموضع الذي فيه الاتفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب
الجمهور الى انه للشيء الذي تجب فيه الزكوة وهو الحب وذهب ابو حنيفة الى انه للشيء
الذي هو اصل الوجوب وهو الارض واما اختلافهم في ارض الخراج اذا انتقلت للمسلمين
هل فيها عشر مع الخراج او ليس فيها عشر مع الخراج وليس فيها عشر فان الجمهور
على ان فيها العشر اعني الزكوة وقال ابو حنيفة واصحابه ليس فيها عشر وسبب اختلافهم
كما قلنا هل الزكوة حق للارض او حق للحب فان قلنا انها حق الارض لم يجتمع فيها حقان
وهو العشر والخراج وان قلنا الزكوة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكوة حق الحب
وانما يجيء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء
في جواز بيع ارض الخراج واما اذا انتقلت ارض العشر الى الذمي يزرعها فان
الجمهور على انه ليس فيها شيء وقال النعمان اذا اشترى الذمي ارض عشر تحولت
ارض خراج فكانه راى ان العشر هو حق ارض المسلمين والخراج هو حق ارض الذميين
لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت ارض الخراج الى المسلمين ان تعود ارض
عشر كما ان عنده اذا انتقلت ارض العشر الى الذمي عادت ارض خراج ويتعلق بالمالك
مسائل اليق المواضع بذكرها هو هذا الباب احدها اذا اخرج المرء الزكوة فضاعت
والثانية اذا امكنه اخراجها فهلكت قبل الاخراج والثالثة اذا مات وعليه زكوة
والرابعة اذا باع الزرع او الثمر وقد وجبت فيه الزكوة على من الزكوة وكذلك اذا وهبه
اما المسألة الاولى وهي اذا اخرج الزكوة فضاعت فان قوما قالوا تجزئ عنه وقوم
قالوا هو لها ضامن حتى يضعها موضعها وقوم فرقوا بين ان يخرجها

بعد ان

بعد ان امكنه اخراجها وبين ان يخرجها اول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم
ان اخرجها بعد ايام من الامكان والوجوب ضمن وان اخرجها في اول الوجوب ولم يقع
منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط
زكى ما بقي وبه قال ابو ثور والشافعي وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى
المساكين ورب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان
شريكين على تلك النسبة في الباقي فيتحصل في المسألة خمسة اقوال
قول انه لا يضمن باطلاق وقول انه يضمن باطلاق وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم
يضمن وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي والقول الخامس يكونان شريكين
في الباقي واما اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكوة فقوم
قالوا يزكي ما بقي وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين
يضيع بعض مالهما والسبب في اختلافهم تشبيه الزكوة بالديون اعني ان يتعلق
الحق فيها بالذمة لا بعين المال وتشبيهها بالحقوق اعني التي تتعلق بعين المال
لا بذمة الذي يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالك الزكوة بالامناء قال
اذا هلك المال فلا شيء عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق
بين التفريط ولا تفريط الحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط
واما من قال اذا لم يفرط يزكي ما بقي فانه شبه من هلك بعض ماله بعد
الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكوة فكما انه اذا وجبت الزكوة
عليه فانما يزكي الموجود فقط كذلك هذا انما يزكي الموجود من ماله فقط
وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك
ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب واما اذا وجبت الزكوة وتمكن الاخراج فلم يخرج

حتى ذهب بعض من لم يقل بوجوب المال فانهم متفقون فيما احسب انه ظاهر الا
في الماشية عند من راى ان وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو
مذهب مالك واما المسالة الثالثة وهي اذا مات بعد وجوب الزكوة عليه فان قوما
قالوا تخرج من راس ماله وبه قال الشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وقوم قالوا
ان اوصى بها اخرجت من الثلث والا فلا شيء عليه ومن هؤلاء من قال يبدا بها ان ضاق
الثلث ومنهم من قال لا يبدا بها وهي من اقوال مالك جميعا ولكن المشهور انها بمنزلة
الوصية واما اختلافهم في مال يباع بعد وجوب الصدقة فان قوما قالوا ياخذ
المصدق الزكوة من المال نفسه ويرجع المشتري بقيمته على البائع وبه قال ابو ثور
وقوم قالوا البيع مفسوخ وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة المشتري بالخيار بين
انفاذ البيع ورده والعشر ماخوذ من الثمرة او من الحب الذي وجبت فيه الزكوة
وقال مالك الزكوة على البائع وسبب اختلافهم تشبيه مال الزكوة بتفويته واتلاف
عينه فمن شبهه بذلك قال الزكوة تتبع في ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع
ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال
الزكوة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ او غير مفسوخ فذلك اخر يذكر في باب البيوع
ان شاء الله تعالى ومن هذا النوع هو اختلافهم في زكوة المال الموهوب وفي بعض
هذه المسائل التي ذكرنا تفصيل في المذهب لم نر ان نعرض له اذ كان ذلك غير
موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء اسباب تلك الفروق لانها اكثرها
استحسانية مثل تفصيلهم الديون التي تزكى من التي لا تزكى والديون
المسقطة للزكوة من التي لا تسقط فهذا ما راينا ان نثبته في هذه الجملة
وهي معرفة من تجب عليه الزكوة وشروطه المسلم التي تجب به واحكام من تجب
عليه

عليه وفي بعض من احكامه حكم مشهور وهو ما اذا حكم من منع الزكوة ولم يجحد
وجوبها فذهب ابو بكر رضي الله عنه الى ان حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع
الزكوة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبى ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضي الله
عنه واطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير
من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها وسبب اختلافهم هل اسم
الايمان الذي هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد وعلى العمل فقط او من شرطه وجود
العمل معه فمنهم من راى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك
حتى لقد يتلفظ بالشهادة اذا اصر على المعصية حكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم
اهل السنة على انه ليس بشرط فيه اعني في اعتقاد الايمان الذي ضده كفر من الاعمال
الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى
يقولوا لا اله الا الله ويؤمنوا بي فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الاعمال فمن
شبه سائر الاعمال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط في العلم الذي
هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التي اتفق الجمهور على انها ليست شرطا
في العلم الذي هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله
حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال
هو الذي عليه الجمهور الجملة الثانية واما ما تجب فيه الزكوة من الاموال فانهم
اتفقوا منها على اشياء واختلفوا في اشياء اما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن
الذهب والفضة اللتين ليستا بحلي وثلاثة من الحيوان الابل والبقر والغنم
وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفي الزبيب
خلاف شاذ واختلفوا اما من الذهب ففي الحلي فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز
مالك والليث والشافعي الى انه لا زكوة فيه اذا اريد للزينة واللباس

وقال ابو حنيفة واصحابه فيه الزكوة والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض
وبين التبر والفضة اللذين المقصود منهما المعاملة في جميع الاشياء فمن شبهه
بالعروض التي المقصود منها المنافع اولا قال ليس فيه زكوة ومن شبهه بالتبر
والفضة اللذين المقصود منهما المعاملة بهما اولا قال فيه الزكوة ولاختلافهم ايضا
سبب اخر وهو اختلاف الاثار في ذلك وذلك انه روي عن جابر ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال ليس في الحلي زكوة وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت
رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان من ذهب فقال
لها اتودين زكوة هذا قالت لا قال ايسرك ان يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين
من نار فخلعتهما والقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله فخلعتهما
والاثران ضعيفان وخاصة حديث جابر ولكون السبب الاملك لاختلافهم تردد الحلي
المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منهما اولا المعاملة لا الانتفاع
وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة
اعني الانتفاع لا المعاملة واعني بالمعاملة كونها ثمنا اختلف قول مالك في الحلي
المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلي للباس وشبهه بالتبر المتخذ للمعاملة واما ما اختلفوا
فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في صنفه اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك
ان الجمهور على ان لا زكوة في الخيل وذهب ابو حنيفة انها اذا كانت سائمة وقصد بها
النسل ان فيها الزكوة اعني اذا كانت ذكرانا واناثا والسبب في اختلافهم
معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها اما اللفظ الذي يقتضي
ان لا زكوة فيها فهو قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه
صدقة واما القياس الذي عارض هذا العموم فهو ان الخيل السائمة حيوان مقصود
به النماء والنسل فاشبه الابل والبقر واما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك
العموم

العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل فقال لم ينس حق الله في رقابها
ولا ظهورها فذهب ابو حنيفة الى ان حق الله في رقابها هو الزكوة وذلك في السائمة
منها وان يكون هذا اللفظ مجملا احرى منه ان يكون عاما فيحتج به في الزكوة وخالف ابا حنيفة
في هذه المسالة صاحباه ابو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان ياخذ منها
الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم واما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من
الابل والبقر والغنم من غير السائمة فان قوما اوجبوا الزكوة في هذه الاصناف
الثلاثة سائمة كانت او غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار
لا زكوة في غير السائمة من هذه الانواع الثلاثة وسبب اختلافهم معارضة المطلق
للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام في اربعين
شاة شاة واما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام في سائمة الغنم الزكوة فمن غلب
المطلق على المقيد قال الصدقة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكوة
في السائمة ويشبه ان يقال ان من سبب الخلاف في ذلك ايضا معارضة دليل الخطاب
للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام في سائمة الغنم
الزكوة يقتضي ان لا زكوة في غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام في اربعين
شاة شاة يقتضي ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم اقوى
من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق اشهر من تغليب المطلق على المقيد
وذهب ابو محمد بن حزم الى ان المطلق يقضي على المقيد وان في الغنم سائمة او غير
سائمة الزكوة وكذلك في الابل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون
خمس ذود من الابل صدقة لما لم يثبت لها اثر وجب ان يتمسك فيها بالاجماع
وهو ان الزكوة في السائمة منها فقط فيكون التفرقة بين البقر وغيرها قولا

ثالثا واما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام فيها في اربعين شاة شاة
فهو ان السائمة هي التي المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها اكثر ذلك
في الاموال السائمة والزكوة انما هي فضلات الاموال والفضلات انما يوجد اكثر ذلك في
الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص هذا الكور راى ان العموم اقوى
اوجب ذلك في الصنفين جميعا فهذا ما اختلفوا فيه من الحيوان الذي لا تجب فيه الزكوة
واجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان ما لا زكوة الا العسل فانه اختلفوا فيه
فالجمهور على ان لا زكوة فيه وقال قوم فيه وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح
الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في كل عشرة ازقاق زق خرجه الترمذي
واما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التي ذكرناها فهو
جنس النبات التي تجب فيها الزكوة فمنهم من لم ير الزكوة الا في تلك الاربع فقط وبه
قال ابن ابي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكوة في جميع المدخر
المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكوة في كل ما تخرجه
الارض ما عدى الحشيش والحطب والقصب وهو ابو حنيفة وسبب الخلاف اما بين
من قصر الزكوة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المقتات فهو اختلافهم
في تعلق الزكوة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها او لعلة فيها وهو الاقتيات
فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات
وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين ما عداه الى جميع ما تخرجه
الارض الا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس
لعموم اللفظ اما اللفظ الذي يقتضي التعميم فهو قوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت
السماء العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذي والذي من الفاظ العموم

وقوله

وقوله تعالى وهو الذي انشا جنات معروشات الاية الى قوله واتوا حقه يوم حصاده
واما القياس فهو ان الزكوة انما المقصود منها سد الخلة وذلك لا يكون غالبا الا فيما هو
قوت فمن خصص العموم بهذا القياس اسقط الزكوة مما عدى المقتات ومن غلب العموم
اوجبها فيما عدا ذلك الا ما اخرجه الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في اشياء من
قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاتة ام ليست مقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه
او ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب
الزكوة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير بمصر وسبب اختلافهم هل هو
قوت ام ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف اصحاب مالك في ايجاب الزكوة في
التين وذهب بعضهم الى ان الزكوة تجب في الثمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب
لقوله سبحانه وهو الذي انشا جنات معروشات وغير معروشات الاية ومن فرق
في الاية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجه ضعيف واتفقوا على ان لا زكوة في العروض
التي لم يقصد بها التجارة واختلفوا في ايجاب الزكوة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب
فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك اهل الظاهر والسبب في اختلافهم اختلافهم
في وجوب الزكوة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا ان نخرج الزكوة مما نعده للبيع وما روى
عنه صلى الله عليه وسلم من اداء زكوة البز واما القياس الذي اعتمده الجمهور فهو
ان العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثلاثة
التي فيها الزكوة باتفاق اعني الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي
ان زكوة العروض ثابتة عن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا
اجماع من الصحابة اعني اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف

الجملة الثانية واما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال الزكوة وعفو المقدار
الذي تجب فيه الزكوة في ماله منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك اعني في عينه وقدره
فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق
عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليها ولنجعل الكلام في ذلك في فصول
الفصل الاول في الذهب والفضة الثاني في الابل والثالث في الغنم والرابع في البقر والخامس
في النبات والسادس في العروض الفصل الاول اما المقدار الذي تجب فيه الزكوة
من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس اواق لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس
اواق من الورق صدقة ما عدى المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه
وفي القدر الواجب فيه والاوقية عندهم اربعون درهما كيلا واتفقوا على ان الواجب
في ذلك هو ربع العشر ما عدى المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب
منه وفي العدد الواجب فيه اعني في الفضة والذهب معا كيلا ما لم يكونا خرجا من معدن
واختلفوا من هذا الباب في مواضع اربعة احدها في نصاب الذهب والثاني هل فيهما وقاص
اعني هل فوق النصاب قدر لا يؤخذ الزكوة بزيادة والثالث هل يضم بعضها الى
بعض في الزكوة فيعدان كصنف واحد اعني في اقامة النصاب ام هما صنفان مختلفان
والرابع هل من شرط النصاب ان يكون المالك له واحدا ام اثنين اما المسالة الاولى
وهي اختلافهم في نصاب الذهب فان اكثر العلماء على ان الزكوة تجب في عشرين
دينارا وزنا كما تجب في مائتي درهم هذا مذهب مالك والشافعي وابي حنيفة واصحابه
واحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن البصري واكثر اصحاب
داود بن علي ليس في الذهب شيء حتى يبلغ اربعين دينارا ففيها ربع عشرها دينار
واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكوة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم

او قيمتها

او قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزنه ذلك من الذهب عشرين دينارا
او اقل او اكثر هذا فيما كان منها دون الاربعين دينارا واما اذا بلغت اربعين
كان الاعتبار بها نفسها لا بالدراهم لا صرفا ولا قيمة وسبب اختلافهم
في نصاب الذهب انه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك
في نصاب الفضة وما روي عن الحسن بن عمارة من حديث علي انه عليه السلام قال هاتوا زكاة
الذهب من كل عشرين دينارا نصف دينار فليس عند الاكثر مما يجب العمل به لانفراد
الحسن بن عمارة به فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد في ذلك على العمل وذلك قال
[illegible] السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ان الزكوة تجب في عشرين دينارا كما تجب في مائتي
درهم واما الذين جعلوا الزكوة فيما دون الاربعين تبعا للدراهم فانه لما كان عندهم
من جنس واحد جعلوا الفضة هو الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا
الذهب تابعا لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولما قيل ايضا
ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيما دون خمس
اواق من الرقة صدقة المسالة الثانية واما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيهما
فان الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الورق ففيه بحسب ذلك اعني ربع
العشر وممن قال بهذا القول مالك والشافعي وابو يوسف ومحمد صاحبا ابي حنيفة
واحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من اهل العلم اكثرهم اهل العراق لا شيء
فيما زاد على مائتي درهم حتى تبلغ الزيادة اربعين درهما فاذا بلغتها كان
فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال ابو حنيفة وزفر وطائفة من
اصحابهما وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمارة
ومعارضة دليل الخطاب له وذلك ان هاهنا اصلين في هذا الباب مختلفين
في هذا الباب وهي الماشية والحبوب اما حديث الحسن بن عمارة فانه

رواه عن ابي اسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
عفوت عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتين درهم خمسة
دراهم ومن كل عشرين دينارا نصف دينار وليس في مائتين درهم شيء حتى يحول
عليها الحول ففيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل اربعين درهما درهم وفي كل اربعة
وعشرين نصف دينار ودرهم واستدلوا بدليل الخطاب المعارض بقوله عليه السلام ليس
فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل
او كثر واما ترددهما بين الاصلين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص
ورد في الماشية واجمعوا على انه لا اوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية
قال فيها الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص واما المسالة الثالثة وهي
ضم الذهب الى الفضة في الزكاة فان عند مالك وابي حنيفة وجماعة انه تضم الدراهم
الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وداود
وابو ثور لا يضم ذهبا الى فضة ولا فضة الى ذهب وسبب اختلافهم هل كل واحد
منهما تجب فيه الزكاة لعينه او لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء
رؤوس الاموال وقيم المتلفات فمن راى ان المعتبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك
اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم احدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم
ومن راى ان المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذي قلناه اوجب ضم بعضهما الى
بعض ويشبه ان يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف
الموجودات انفسها وان كان قد يوهم اتحادها اتفاق المنافع وهو الذي اعتمده
مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين اجازوا ضمهما اختلفوا في صفة
الضم فراى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان ينزل الدينار بعشرة دراهم
على ما كانت عليه فريضة الزكاة فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت

عليه

عليه فيها الزكاة او من كانت عنده مائة درهم تساوي احد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل
وجبت عليه ايضا فيهما الزكاة وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وبمثل هذا القول
قال الثوري الا انه يراعي الاحوط للمساكين في الضم اعني القيمة او الصرف المحدود ومنهم
من قال يضم الاقل منهما الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال اخرون تضم الدنانير بقيمتها
ابدا كانت الدنانير اقل من الدراهم او اكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم اصل والدنانير
فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث والاجماع حتى تبلغ اربعين وقال بعضهم اذا كان عنده
نصاب من احدهما ضم اليه قليل الاخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب اذا لم يكن في واحد
منهما نصاب بل في مجموعهما وسبب هذا الاضطراب ما رامه من ان يجعلوا شيئين نصابهما
مختلف في الوزن نصابا واحدا وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم احدهما الى الاخر
فقد احدث حكما في الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة
ويستحيل في اعادة التكليف والا فالبيان ان يكون في امثال هذه الاشياء المحتملة
حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع صلى الله عليه وسلم حتى يكون سكوته سببا لان يعرض
فيه من الاختلاف مقدار هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع
الاختلاف واما المسالة الرابعة فان عند مالك وابي حنيفة ان الشريكين ليس يجب
على احدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك
حكمه حكم مال رجل واحد وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه السلام ليس فيما
دون خمس اواق من الورق صدقة فان هذا القدر يمكن ان يفهم منه انه انما يخص هذا الحكم
اذا كان لمالك واحد فقط او كان لمالك واحد او اكثر من مالك واحد الا انه لما كان مفهوم اشتراط
النصاب انما هو الرفق فواجب ان يكون النصاب من شرط ما يكون لمالك واحد وهو
الاظهر والله اعلم والشافعي كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تاثير الخلطة في الزكاة غير
متفق عليه كما سياتي بعد واما المسالة الخامسة وهي اختلافهم في اعتبار النصاب

في المعدن وانما الخلاف في قدر الواجب فيه فان مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وانما
الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما سنقوله في فروع الجملة
الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه ربع العشر واما ابو حنيفة
فلم ير فيها نصابا ولا حولا وقال الواجب فيه الخمس وسبب الخلاف في ذلك هل اسم
الركاز يتناول المعدن ام لا يتناوله لانه قال عليه السلام في الركاز الخمس وروى اشهب
عن مالك ان المعدن الذي يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس فسبب الخلاف في هذا هو
اختلافهم في دلالة اللفظ وهو احد اسباب الاختلافات العامة التي ذكرناها الفصل
الثاني في نصاب الابل والواجب فيه واجمع المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة الى اربع
وعشرين فاذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض الى خمس وثلاثين فان لم
تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها ابنة لبون الى خمس واربعين
فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها
جذعة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون الى تسعين
فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى عشرين ومائة لثبوت هذا كله في
كتاب الصدقة الذي امر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده ابو بكر وعمر
واختلفوا منها في مواضع منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنها اذا
عدم السن الواجبة عليه وعنده السن التي فوقها او التي تحتها ما حكمه ومنها هل
تجب الزكوة في صغار الابل وان وجبت فما الواجب فاما المسألة الاولى وهي اختلافهم
فيما زاد على المائة والعشرين فان مالكا قال اذا زادت على عشرين ومائة واحدة
فالمصدق بالخيار ان شاء اخذ ثلاث بنات لبون وان شاء اخذ حقتين الى ان تبلغ
ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من اصحابه بل
ياخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة

وابنتا

وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الملك بن الماجشون من اصحاب مالك
بل ياخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار الى ان تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون
ابو حنيفة واصحابه والثوري اذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على اولها
ومعنى عودها ان يكون عندهم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة
وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس
فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمسا وثلاثين
ففيها حقتان وثلاث شياه الى اربعين ومائة ففيها حقتان واربع شياه الى
خمس واربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان واربع شياه الى خمس
واربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة
والعشرين وابنة المخاض للخمس والعشرين كما كانت في الفرض الاول الى
خمسين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق اذا زادت على الخمسين
ومائة استقبل بها الفريضة الاولى الى ان تبلغ مائتين فيكون فيها اربع حقاق
ثم يستقبل بها الفريضة واما ما عدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا
على ان فيما زاد على المائة والثلاثين في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة
وسبب اختلافهم في عودة الفرض او لا عودة اختلاف الاثار في هذا
الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة انه قال عليه الصلاة والسلام
فما زاد على العشرين ومائة ففي كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة
وروى من طريق ابي بكر بن عمرو بن حزم عن ابيه عن النبي صلى الله عليه
انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استؤنفت

الفريضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو اثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح
حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم ان هذا هو قول علي وابن مسعود قالوا ولا يصح
ان يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس واما سبب اختلاف مالك
واصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فانه لم يستقم لهم حساب
الاربعينات والخمسينات فمن راى ان ما بين المائة والعشرين الى ان يستقيم الحساب
وقص قال ليس فيما زاد شيء على ظاهر الحديث الثابت حتى تبلغ مائة وثلاثين وهو
ظاهر الحديث واما الشافعي وابن القاسم فانه ذهب الى ان فيها ثلاث بنات لبون
لانه قد روي عن ابن شهاب في كتاب الصدقة انه اذا بلغت احدى وعشرين ومائة
ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة
وسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت
للتخيير انه في هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر لاتفاقهم على ثبوته وابن
القاسم والشافعي حملا المفسر على المجمل واما تخيير مالك الساعي فكانه جمع
بين الاثرين والله اعلم واما المسالة الثانية وهي اذا عدم السن من الابل الواجب
وعنده السن الذي فوق ذلك السن او تحته فان مالكا قال يكلف شراء ذلك السن وقال
قوم بل يعطي السن الذي عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذي عنده
احط او شاتين وان كان اعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما او شاتين وهذا
ثابت في كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث
وبهذا الحديث قال الشافعي وابو ثور وقال ابو حنيفة الواجب عليه القيمة
على اصله في اخراج القيم في الزكاة وقال قوم بل يعطي السن الذي عنده وما بينهما

من القيمة

من القيمة واما المسالة الثالثة وهي هل تجب في صغار الابل وان وجبت فماذا
يكلف فان قوما قالوا تجب فيها الزكوة وقوم قالوا لا تجب وسبب اختلافهم
هل يتناول اسم الجنس الصغار او لا يتناولها والذين قالوا لا تجب فيها زكوة
هو ابو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن غفلة
انه قال اتانا مصدق النبي عليه الصلاة والسلام فاتيته فجلست اليه فسمعته
يقول ان في عهدي ان لا اخذ من راضع لبن ولا اجمع بين مفترق ولا افرق بين
مجتمع قال واتاه رجل بناقة كوماء فابى ان ياخذها والذين اوجبوا الزكوة
فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال ياخذ منها
وهو القياس ونحو هذا الخلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم

الفصل الثالث في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك

واجمعوا من هذا الباب على ان في سائمة الغنم اذا بلغت اربعين شاة شاة الى عشرين
ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت
على المائتين فثلاث شياه الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففي كل
مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاث
مائة شاة وشاة واحدة ان فيها اربع شياه واذا كانت اربعمائة شاة وشاة
ففيها خمس شياه وروي قوله هذا منصور عن ابراهيم والاثار الثابتة المرفوعة
في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم
واختلفوا من اي صنف منها ياخذ المصدق فقال مالك ياخذ مما كثر عدده
فان استوت خير الساعي وقال ابو حنيفة بل الساعي يخير اذا اختلفت الاصناف
وقال الشافعي ياخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه يعد
عليهم بالسخلة يحملها الراعي ولا ياخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض

من

ولا يحمل الغنم ويأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه وكذلك
اتفق جماعة فقهاء الامصار على ان لا يوخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات
عوار لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا ان يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين
واختلفوا في العمياء وذات العلة هل تعد على صاحب المال ام لا فراى مالك والشافعي
ان تعد وروي عن ابي حنيفة انها لا تعد وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم
يتناول الاصحاء والمرضى ام لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب في نسل
الامهات هل يعد مع الامهات فيكون النصاب منها اذا لم تبلغ نصابا فقال مالك
يعتد بها وقال الشافعي وابو حنيفة وابو ثور لا يعتد بالسخال الا ان تكون الامهات
نصابا وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه اذ امر ان يعد عليهم
بالسخال ولا يوخذ منها شيء فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصابا
وقوم فهموا هذا مطلقا واحسب ان اهل الظاهر لا يوجبون في السخال شيئا ولا
يعتدون بها كانت الامهات نصابا او لم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها
عندهم ولكن الفقهاء على ان للخلطة تاثيرا في قدر الواجب من الزكوة واختلف
القايلون بذلك هل لها تاثير في قدر النصاب ام لا واما ابو حنيفة واصحابه فلم
يروا للخلطة تاثيرا لا في قدر الواجب ولا في قدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي
واكثر فقهاء الامصار اتفقوا على ان الخلطاء يزكون زكوة المالك الواحد واختلفوا
من ذلك في موضعين احدهما في نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء
كان لكل واحد نصاب او لم يكن ام انما يزكون زكوة الرجل الواحد اذا كان لكل
واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تاثير في ذلك فاما اختلافهم
اولا هل للخلطة تاثير في النصاب وفي الواجب او ليس لها تاثير فسبب
اختلافهم في مفهوم ما ثبت من كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام
لا يجمع

لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما
يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين فهم من هذا الحديث على
اعتقاده وذلك ان الذين راوا للخلطة تاثيرا في النصاب والقدر الواجب او في
القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام وما كان من خليطين
فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل
دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد وان هذا الاثر مخصص لقوله
عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة واما في الزكاة
عند مالك واصحابه اعني في الواجب واما في النصاب والزكوة معا عند الشافعي واصحابه
واما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل ان يكون
قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهي
للسعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له
مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات او يجمع ملك رجل
واحد الى ملك رجل اخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال
في هذا الحديث وجب ان لا يخصص به الاصول الثابتة المجمع عليها اعني ان النصاب والحق
الواجب في الزكوة يعتبر بملك الرجل الواحد واما الذين قالوا بالخلطة فقالوا
ان لفظ الخلطة هو اظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله
عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب
عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه السلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين
ليسا بشريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ الماخوذ هو من مال
الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان

زكاة الرجل الواحد إذا كان لكل واحد منهما نصاب، ومن جعل حكم
النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال إن نصابهما نصاب الرجل الواحد لزمهما أن يزكيا
زكاة الرجل الواحد، وكل واحد من هؤلاء تأول قوله عليه السلام «لا يجمع بين مفترق
ولا يفرق بين مجتمع» على ما ذهب إليه، فأما مالك رحمه الله فقال معنى قوله «لا يفرق
بين مجتمع» أن الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فيكون عليهما
فيهما ثلاث شياه، فإذا افترقا غنمهما كان على كل واحد منهما شاة، ومعنى
قوله «ولا يجمع بين مفترق» أن يكون النفر الثلاثة لكل واحد منهم أربعون شاة فإذا
جمعوها كان عليهم شاة واحدة، فعلى مذهبه النهي إنما هو متوجه نحو
الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب، وأما الشافعي فقال معنى قوله «ولا
يفرق بين مجتمع» أن يكون رجلان لهما أربعون شاة فإذا فرقا غنمهما لم تجب
عليهما فيها زكاة إذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم،
وأما الشرط فالقائلون بالخلطة فإنهم اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة
في الزكاة، فأما الشافعي فقال إن من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهما وتراح
لواحد وتحلب لواحد وتسرح لواحد وتسقى معا وتكون فحولهما
مختلطة، ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة، ولذلك لا يعتبر كمال النصاب
لكل واحد من الشريكين كما تقدم، وأما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا في الدلو
والحوض والمراح والراعي والفحل، واختلف أصحابه في مراعاة بعض هذه الأوصاف
أو جميعها، وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة، ولذلك لم يقل قوم بتأثير
الخلطة في الزكاة، وهو مذهب أبي محمد بن حزم الأندلسي. الفصل الرابع
في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك، وأجمع جمهور العلماء على أن في ثلاثين

من البقر

من البقر تبيعا وفي أربعين مسنة، وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة إلى ثلاثين
ففيها تبيع، وقيل إذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة إلى خمس وسبعين
ففيها بقرتان إذا جاوزت ذلك، فإذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة، وروي
عن سعيد بن المسيب، واختلف فقهاء الأمصار فيما بين الأربعين والستين، فذهب
مالك والشافعي وأحمد والثوري وجماعة أنه لا شيء فيما زاد على الأربعين حتى تبلغ
ستين ستين، فإذا بلغت ستين ففيها تبيعان إلى سبعين ففيها مسنة وتبيع
إلى ثمانين ففيها مسنتان إلى تسعين ففيها ثلاثة تبع إلى مائة ففيها تبيعان ومسنة
ثم هكذا ما زاد في كل ثلاثين تبيع وفي أربعين مسنة، وسبب اختلافهم في النصاب
أن حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرجه الشيخان، وسبب اختلاف فقهاء
الأمصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ هذا أنه توقف في الأوقاص وقال
حتى أسأل فيها النبي صلى الله عليه وسلم، فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى الله
عليه وسلم، فلما لم يرد في ذلك طلب حكمه من طريق القياس، فمن قاسها على الإبل
والغنم لم ير في الأوقاص شيئا، ومن قال إن الأصل في الأوقاص الزكاة إلا ما استثناه
الدليل من ذلك وجب عنده أن لا يكون في البقر وقص إذ لا دليل هنالك من إجماع ولا غيره.
الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك، وأجمعوا
على أن الواجب في الحبوب أما ما سقي بالسماء فالعشر، وأما ما سقي بالنضح فنصف
العشر، لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم، وأما النصاب فإنهم اختلفوا في وجوبه
في هذا الجنس من مال الزكاة، فصار الجمهور إلى إيجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق
والوسق ستون صاعا بإجماع، والصاع أربعة أمداد بمد النبي صلى الله عليه وسلم،
والجمهور على أن مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادي، وإليه رجع أبو يوسف

حتى ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو حنيفة يقول
في المد أنه رطلان وفي الصاع أنه ثمانية أرطال وقال أبو حنيفة ليس في الحبوب والثمار نصاب
وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام
فيما سقت السماء العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه
الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص
بنى على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى أن العموم والخصوص متعارضان
إذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر إذ كان ينسخ بالعموم وينسخ العموم بالخصوص إذ كل
ما وجب العمل به جاز نسخه والنسخ يكون للبعض ويكون للكل ورجح العموم قال
لا نصاب ولكن حمل الجمهور هنا الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص
على العموم في الجزء الذي تعارضا فيه فإن العموم فيه كما هو والخصوص فيه نص فتأمل
هذا فإنه السبب الذي صير الجمهور إلى أن يقولوا يبنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس
بناء فإن التعارض بينهما موجود إلا أن يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء
واحتجاج أبي حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف فإن الحديث إنما خرج مخرج تبيين
القدر الواجب لا تبيين القدر الواجب منه واختلفوا من هذا الباب في النصاب في ثلاث مسائل
المسألة الأولى في ضم الحبوب بعضها إلى بعض في النصاب الثانية في جواز تقدير
النصاب في العنب والتمر بالخرص الثالثة هل تحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه
قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا أما المسألة الأولى فإنهم أجمعوا على أن الصنف
الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده إلى رديئه وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد
منهما أعني من الجيد والرديء فإن كان الثمر أصنافا أخذ من وسطه واختلفوا في ضم
القطاني بعضها إلى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية

كلها

كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت صنف واحد أيضا وقال الشافعي وأبو حنيفة
وأحمد وجماعة القطنية كلها أصناف كثيرة بحسب أسمائها ولا يضم منها شيء إلى غيره
في حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة وسبب الخلاف
هل المراعاة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الأسماء فمن قال اتفاق الأسماء
قال كلما اختلفت أسماؤها فهي أصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع كلما اتفقت منافعه
فهي صنف واحد وإن اختلفت أسماؤها وكل واحد منهما روم تقرير قاعدته باستقراء الشرع أعني
أن أحدهما يحتج لمذهبه بالأشياء التي اعتبر الشرع فيها الأسماء والآخر بالأشياء التي اعتبر
الشرع فيها المنافع ويشبه أن تكون شهادة الشرع في الأسماء في الزكاة أكثر من شهادته للمنافع
وإن كان كلا الاعتبارين موجودا في الشرع والله أعلم وأما المسألة الثانية وهي
تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فإن جمهور العلماء على إجازة الخرص في النخيل
والأعناب حين يبدو صلاحها للضرورة أن يخلى بينه وبين أهله يأكلونه رطبا وقال
داود لا خرص إلا في النخيل فقط وقال أبو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال
أن يؤدي عشر ما يحصل بيده زاد على الخرص أو نقص والسبب في اختلافهم في جواز
الخرص معارضة الأصول للأثر الوارد في ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فيما روي أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبد الله بن رواحة وغيره إلى خيبر فيخرص عليهم النخل فأما
الأصول التي تعارضه فلأنه من باب المزابنة المنهي عنها وهو بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر كيلا
ولأنه من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة فلما رأى الكوفيون
هذا مع أن الخرص الذي كان يخرص على أهل خيبر لم يكن للزكاة إذ كانوا ليسوا بأهل زكاة
قالوا يحتمل أن يكون تخمينا ليعلم ما بأيدي كل قوم من الثمار قال المؤلف رحمه الله تعالى
قلت أما بحسب خبر مالك فالظاهر أنه كان في القسمة لما روي أن عبد الله بن رواحة كان إذا
فرغ من الخرص قال إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي أعني في قسمة الثمار لا في قسمة الحب وأما

بحسب حديث عائشة الذي رواه أبو داود وأما الخرص لموضع النصاب الواجب عليهم في ذلك
والحديث هو أنها قالت وهي تذكر شأن خيبر كان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله
بن رواحة إلى يهود فيخرص النخل حين تطيب قبل أن يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان
وكيفما كان فالخرص مستثنى من تلك الأصول بقدر أن ثبت أنه كان حكما منه على المسلمين
فإن الحكم على أهل الذمة إن ثبت ليس يجب أن يكون حكما على المسلمين إلا بدليل والله أعلم
وحديث عتاب بن أسيد هو أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أخرص
العنب وأخذ زكوته زبيبا كما تؤخذ زكوة النخل تمرا وحديث عتاب بن أسيد هذا فيه
بأن راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب
واختلفوا هل وجبت الزكوة في الزيتون فجوز خرصه والسبب في اختلافهم اختلافهم في
قياسه في ذلك على النخل والكرم عند الجميع من التخييل في الزكوة في الزيتون هو الزيت هو
التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكوة في الزيتون
ثم هو الزيت لا الحب قياسا على التمر والزبيب وقال مالك في العنب الذي لا يزبب والزيتون
الذي لا يعصر أن يؤخذ منه ثمنه وأما المسألة الثالثة فإن مالكا وأبا حنيفة قالا لا يحسب
على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب وقال الشافعي لا يحسب عليه
ويترك الخارص لرب المال ما يأكل هو وأهله والسبب في اختلافهم تعارض الآثار
في ذلك ومعارضة الكتاب للقياس أما من السنة فما روى سهل بن أبي حثمة أن النبي صلى الله
عليه وسلم بعث أبا حثمة خارصا فجاء رجل فقال يا رسول الله إن أبا حثمة قد زاد علي
فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم أنك زدت عليه فقال يا رسول الله
إني لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الريح فقال قد زادك ابن
عمك وأنصفك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا خرصتم فدعوا
الثلث وإن لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروي عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

خففوا

خففوا في الخرص فإن في المال العرية والأكلة والوصية والعامل والنوائب وما وجب
في الثمر من الحق وأما الكتاب المعارض لحديث أبي حنيفة والقياس أما الكتاب فقوله
تعالى كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده وأما القياس فلأنه مال فوجبت فيه الزكوة
أصله سائر الأموال فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بقدر الواجب في الزكوة والواجب منه
في هذه الأجناس الثلاثة التي الزكوة مخرجة من أعيانها فإنهم اتفقوا أنها إذا أخذت من الأعيان
أنفسها أنها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أو لا يجوز فقال
مالك والشافعي لا يجوز إخراج القيم بدل المنصوص عليه في الزكوات وقال أبو حنيفة يجوز سواء
قدر على المنصوص أو لم يقدر وسبب اختلافهم هل الزكوة عبادة أو حق واجب للمساكين فمن
قال عبادة قال إن أخرج من غير تلك الأعيان لم يجز لأنه إذا أتى بالعبادة على غير الجهة
المأمور بها فهي فاسدة ومن قال هي حق للمساكين لا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت
الشافعية لنا أن نقول وإن سلمنا أنه حق للمساكين لا فرق إن الشارع إنما علق الحق
بالعين قصدا منه لتشريك الفقراء مع الأغنياء في أعيان الأموال والحنفية تقول إنما خصت
بالذكر أعيان الأموال تسهيلا على أرباب الأموال لأن كل ذي مال إنما يسهل عليه الإخراج
من نوع المال الذي بيده ولذلك جاء في بعض الآثار أنه جعل في الدية على أهل الحلل حللا على ما س
يأتي في كتاب الحدود الجملة الرابعة في وقت الزكوة وأما وقت الزكوة فإن جمهور الفقهاء
يشترطون في وجوب الزكوة في الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء
الأربعة ولانتشاره في الصحابة رضي الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم أن مثل هذا
الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون إلا عن توقيف وقد روي مرفوعا من حديث ابن عمر
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه
عند فقهاء الأمصار وليس فيه في الصدر الأول خلاف إلا ما روي عن ابن عباس ومعاوية وسبب

الحلال انه لم يرد في ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة
احدها هل يشترط الحول في المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر الثانية في اعتبار حول
المال الثالثة في الفوائد الواردة على ما يجب فيه الزكوة الرابعة في اعتبار حول الربح اذا قلنا
ان فيه الزكوة الخامسة في اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيه الزكوة السادسة في حول فائدة
الماشية السابعة في حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات اما على راي من يشترط
ان تكون الامهات نصابا وهو الشافعي وابو حنيفة واما على مذهب من لا يشترط ذلك
وهو مذهب مالك الثامنة في جواز اخراج الزكوة قبل الحول المسألة الاولى وهي
المعدن فان الشافعي راعى فيه الحول مع النصاب واما مالك فراعى فيه النصاب دون
الحول وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكوة وبين التبر
والفضة المقتنيان فمن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول ومن شبهه بالتبر والفضة
المقتنيان اوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة ابين والله اعلم واما اعتبار حول ربح
المال وهي المسألة الثانية فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فراى الشافعي ان
حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا او لم يكن وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز
انه كتب ان لا يعرض لارباح التجارة حتى يحول الحول وقال مالك حول الربح هو حول
الاصل اي اذا كمل للاصل حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا او اقل من نصاب
اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا قال ابو عبيد ولم يتابعه عليه احد من الفقهاء الا اصحابه
وفرق قوم بين ان يكون راس المال الحائل عليه الحول نصابا او لا يكون فقالوا ان كان نصابا
زكى الربح مع راس ماله وان لم يكن نصابا لم يزك وممن قال بهذا القول الاوزاعي وابو
ثور وابو حنيفة وسبب اختلافهم تردد الربح بين ان يكون حكمه حكم المال المستفيد
او حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه

بالاصل

بالاصل قال حكمه حكم راس المال الا ان من شرط هذا التشبيه ان يكون راس المال قد وجبت
فيه الزكوة وذلك لا يكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل في مذهب
مالك ويشبه ان يكون الذي اعتمده مالك رضي الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل
الغنم لكن نسل الغنم ايضا مختلف فيه وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور واما المسألة
الثالثة وهي حول الفوائد فانهم اجمعوا على ان المال اذا كان اقل من نصاب واستفيد
اليه مال اخر من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم
كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال اخر قد حال عليه الحول فقال
مالك يزكي المستفاد ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذي وجبت فيه الزكوة
وبهذا القول في الفوائد قال الشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري الفوائد
كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عنده وسبب اختلافهم
هل حكمه حكم الوارد عليها او حكمه حكم مال لم يرد على مال اخر فمن قال حكمه حكم
مال لم يرد على اخر اعني مالا فيه زكاة قال لا زكاة في الفوائد ومن جعل حكمه حكم
الوارد عليه وانه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه الزكاة وكونه نصابا اعتبر حوله
بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه السلام لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول
يقتضي ان لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان ابا حنيفة اعتمد في هذا قياس الناض على
الماشية ومن اصله الذي يعتمده في هذا الباب انه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا
في جميع اجزائه بل ان يوجد نصابا في طرفيه فقط وبعضا منه في كله وعنده انه اذا كان
مال في اول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار اقل من نصاب ثم استفاد مالا في اخر
الحول صار به نصابا انه تجب فيه الزكوة وهذا عنده موجود في نفس المال لانه لم يستكمل
الحول وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن الفقه في ذلك في الحول
نصابا والظاهر ان الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يزيد ولا
ينقص لا بربح ولا بفائدة ولا بغير ذلك اذا كان المقصود

بالحول لو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك ان ما بقي حولا عند المالك لم يتعين عنده
فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي في فضول الاموال واما من راى
اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه ان يقول بضم الفوائد فضلا عن الارباح
الى الاصول وان يعتبر النصاب مع مضي الحول فتامل هذا فانه بين والله اعلم ولذلك راى مالك
ان من كان عنده في اول الحول ماشية تجب فيها الزكوة ثم باعها وابدلها اذا الحول بماشية
من نوعها انها تجب فيها الزكاة فكانه اعتبر ايضا مضي الحول على مذهب ابي حنيفة واخذ
ايضا ما اعتمد ابو حنيفة في فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه واما
المسالة الرابعة وهو اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول
الامهات كانت الامهات نصابا او لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي و
ابو حنيفة وابو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا ان تكون الامهات نصابا وسبب
اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المال واما المسالة الخامسة وهي فوائد
الماشية فان مذهب مالك فيها خلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه بنى الفائدة على
الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل ابو حنيفة في فائدة الدراهم وفي فائدة الماشية
فابو حنيفة مذهبه في الفوائد واحد اعني انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت
فائدة غنم او فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد واما مالك فالربح والنسل
عنده حكمهما واحد ويفرق بين الناض وفوائد الماشية واما الشافعي فالارباح و
الفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بانفسهما وفوائد الماشية ونسلها
واحد ايضا باعتبار حولها بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء
الثلاثة الفقهاء وكانه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا للعمل والا فالقياس
فيهما واحد اعني ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وقد ثبت عن عمر انه
امر ان تعد عليهم بالسخال ولا ياخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث في باب النصاب
اما المسالة السادسة واما اعتبار حول الدين

اذا قلنا

اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر ذلك فيه من اول ما كان دينا يزكيه لعدة تلك
ان كان حولا فحول وان كان احوالا فاحوال اعني انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان كان
احوالا وجبت فيه الزكوة لتلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان اقام السنين
احوالا عند الذي عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول اما من قال يستقبل بالدين
الحول من يوم قبضه فانه يشبهه بالفائدة اعني باسقاط الزكوة في الدين ومن قال فيه الزكوة بعدد الاحوال
التي اقام فمصيرا الى تشبيه الدين بالمال الحاضر واما من قال الزكوة فيه لحول واحد وان
اقام احوالا فلا اعرف له مستندا في وقتي هذا لانه لا يخلو ما دام دينا ان يقول فيه زكاة
او لا يقول ذلك فان لم تكن فيه زكاة فلا كلام بل يستانف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو
ان يشترط فيها الحول او لا يشترط فان اشترط وجب ان يعتبر عدد الاحوال الا ان يكون كلما
انقضى حول فلم يتمكن من ادائه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول لان
الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحول الحول فلم يبق الا حق العام
الاخير وهذا يشبه مالك بالعروض التي للتجارة لانها لا تجب عنده فيها زكاة الدين
اذا باعها وان اقامت عنده احوالا كثيرة وفيه شبه ما بالماشية التي لا يأتي
الساعي شهرها اعواما ثم يأتي فيجدها قد نقصت فانه يزكي على مذهب مالك
الذي وجد فقط لانه لما حال الحول عليها فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكوة
اذ كان مجيء الساعي شرطا عنده في الاخراج مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك
الحول واعتبر في تلك الاعوام السالفة فيما حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به في الاعوام
السالفة كان الواجب فيها اقل او اكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شيء يجري على غير قياس
انما اعتبر مالك فيه العمل واما الشافعي فمن اصحابه من قال انه ليس مجيء
الساعي شرطا عنده في الوجوب فمن اصحابنا وعلى هذا كل من راى انه لا يجوز
ان يخرج زكاة ماله الا بان يدفعها الى الامام فخروج الامام او خروج العادل ان كان من شرطه

العراقيين في ذلك انه ان هلكت بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا
شيء عليه ومالك تنقسم عنده زكوة الديون لهذه الاقوال الثلاثة اعني من الديون عنده
ما يزكى لعام واحد وهو مثل ديون التجارة ومنها ما يستقبل به الحول مثل ديون
المواريث والثالث ديون المدير وتحصيل قوله في الديون ليس يليق بغرضنا واما المسالة
السابعة وهي حول العرض عند المدير او وجوب الزكوة في العروض فان مالكا قال اذا باع
العروض زكاه لسنة واحدة كالحول في الدين وذلك عنده في التاجر الذي تنضبط له
اوقات شراء عروضه واما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه وما يشترونه وهم
الذين يخصون باسم المديرين فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتدأوا تجارتهم
ان يقوموا ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين ان لم يكن عليه دين
مثله وذلك بخلاف قوله في دين المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك
نصابا ادى زكاته وسواء نض له في عامه شيء من العين او لم ينض بلغ نصابا
او لم يبلغ نصابا هذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض
وكان يتجر بالعروض لا زكاة عليه وقال ابن نافع اذا كان الناض ليس يبلغ نصابا
لم يكن عليه في العروض شيء فبعضهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من اشترطه
والذي اشترطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال الجمهور الشافعي
وابو حنيفة واحمد والثوري والاوزاعي وغيرهم المدير وغير المدير حكمهم واحد وانه من
اشترى عرضا للتجارة فحال عليه الحول قومه وزكاه وقال قوم بل يزكي ثمنه لا قيمته وانما لم يوجب
الجمهور على المدير شيئا لان الحول انما يشترط في عين المال لا في نوعه واما مالك فشبه
النوع ههنا بالعين وانما يسقط الزكاة راسا على المدير وهذا هو بان يكون شرعا
زائدا اشبه منه بان يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت ومثل هذا هو
الذي يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذي لا يستند الى اصل منصوص عليه

في الشرع

في الشرع الا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان
لم تستند الى اصول منصوص عليها واما المسالة الثامنة وهي جواز اخراج الزكاة
قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه ابو حنيفة والشافعي وسبب الخلاف هل هي
عبادة او حق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها
قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق المؤجلة اجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع
وقد احتج الشافعي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم استسلف صدقة العباس
قبل محلها الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة والكلام في هذا الباب في ثلاثة
فصول الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم الثاني في صفتهم التي تقتضي ذلك الثالث
كم يجب لهم الفصل الاول فاما عددهم فهم الثمانية الذين نص الله عليهم انما الصدقات
للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد في مسألتين احداهما هل يجوز
ان يصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف ام هم شركاء في الصدقة
لا يجوز ان يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجوز للامام
ان يصرفها في صنف واحد او اكثر من صنف واحد اذا راى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي
لا يجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سماهم الله تعالى وسبب اختلافهم
معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضي القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضي
ان يؤثر بها اهل الحاجة اذ كان المقصود منها سد الخلة فكان تعديدهم في الاية عند
هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس اعني اهل الصدقات لا تشريكهم في الصدقة فالاول
اظهر من جهة اللفظ وهذا اظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعي ما رواه ابو داود
عن الصدائي ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم ان يعطيه من الصدقة
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات
حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء اعطيتك

فصل اما المسألة الثانية هل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم ام لا فقال مالك لا مؤلفة
اليوم وقال الشافعي وابو حنيفة حق المؤلفة باق اليوم اذا رأى الامام ذلك وهم الذين
يتألفهم الامام على الاسلام وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي عليه الصلاة والسلام
او عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام وهل يجوز للامام في كل احواله او في حال دون حال
اعني في حال الضعف لا في حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة للمؤلفة الان لقوة الاسلام
وهذا كما قلنا التفات منه الى المصلحة الفصل الثالث واما صفتهم التي يستوجبون
بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاما الفقير الذي هو ضد الغني لقوله تعالى
انما الصدقات للفقراء والمساكين واختلفوا في الغني الذي تجوز له الصدقات من الذي
لا تجوز له وما مقدار الغنى المحرم للصدقة فاما الغني الذي لا تجوز له الصدقة فان
الجمهور على انه لا تجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمس التي نص النبي
صلى الله عليه وسلم عليهم في قوله لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله
او لعامل عليها او لغارم او لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين
للغني وروي عن ابن القاسم انه لا يجوز اخذ الصدقة لغني اصلا مجاهدا كان او عاملا
والذين اجازوها للعامل وان كان غنيا اجازوها للقضاة ومن في معناهم ممن المنفعة
بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده انه لا تجوز لغني اصلا
وسبب اختلافهم هل العلة في ايجاب الصدقات للاصناف المذكورين هو الحاجة
فقط او الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك باهل الحاجة المنصوص عليهم
في الاية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب اخذ الصدقة
اعتبر المنفعة بالعامل والحاجة لسائر الاصناف المنصوص عليهم واما حد الغنى
الذي يمنع من الصدقة فذهب الشافعي الى ان المانع من الصدقة اقل ما ينطلق عليه
الاسم وذهب ابو حنيفة الى ان الغنى هو ملك النصاب لانهم الذين

سماهم

سماهم الرسول اغنياء لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ فاخبرهم ان الله
فرض عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم
اهل النصاب وجب ان يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس في ذلك حد وانما هو راجع
الى الاجتهاد وسبب اختلافهم هل الغنى المانع هو معنى شرعي او معنى لغوي
فمن قال معنى شرعي قال وجود النصاب هو الغنى ومن قال معنى لغوي اعتبر في ذلك
اقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رأى ان اقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود في كل وقت
وفي كل شخص جعل حده هذا ومن رأى انه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحاجات
والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وان ذلك راجع الى
الاجتهاد وقد روى ابو داود في حديث الغنى الذي يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه ملك خمسين درهما وفي اثر اخر ملك اوقية وهي اربعون درهما واحسب ان قوما قالوا
بهذه الاثار في حد الغنى واختلفوا من هذا الباب في صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما
فقال قوم الفقير احسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من اصحاب مالك وقال اخرون
المسكين احسن حالا من الفقير وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي في احد قوليه وفي قوله
الثاني انهما اسمان دالان على معنى واحد والى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوي
ان لم يكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة ان يكونا اسمين دالين على معنى
واحد يختلف بالاقل والاكثر في كل واحد منهما لا ان هذا راجع منه على قدر غير القدر
الذي هو راجع عليه واختلفوا في قوله تعالى وفي الرقاب فقال مالك هم العبيد يعتقهم
الامام ويكون ولاؤهم للمسلمين وقال الشافعي وابو حنيفة هم المكاتبون وابن
السبيل هو عندهم المسافر في طاعة ينفد زاده فلا يجد ما يتبلغ به وبعضهم يشترط
فيه ان يكون ابن السبيل جار الصدقة واما في سبيل الله فقال مالك في سبيل الله مواضع
الجهاد والرباط وبه قال ابو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار

وقال الشافعي هو الغازي جار الصدقة وأما اشتراط حال الصدقة لأن عند أكثرهم
أنه لا يجوز تنقيل الصدقة من بلد إلى بلد إلا من ضرورة الفصل الثالث وأما
قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فبقدر ما عليه إذا كان دينه في طاعة وفي غير سرف
بل في أمر ضروري وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله إلى بلده ويشبه أن يكون
ما يحمله إلى مغزاه عند من جعل ابن السبيل الغازي واختلفوا في مقدار ما يعطى
المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك في ذلك حدا وصرفه إلى الاجتهاد وبه
قال الشافعي وقال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصابا أو أقل من نصاب وكره
أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثوري لا يعطى
أحدكم أكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى ما يبتاع به خادما إذا كان ذا عيال
وكانت الزكاة كثيرة وكأنه أكثرهم يجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية
يصير بها من الغنى في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لأن ما حصل له من ذلك المال
هو القدر الذي هو به من أهل الصدقة فقد صار في أول مراتب الغنى فهو حرام عليه
وإنما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في حد الغنى في هذه المسألة كأنها تنبني على معرفة أول مراتب
الغنى وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء أنه إنما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا
أن نثبته في هذا الكتاب وأن نذكر شيئا مما يشاكل غرضنا الذي قصدناه فيه إن شاء الله

كتاب زكاة الفطر

والكلام في هذه الزكاة يتعلق بفصول
أحدها في معرفة حكمها والثاني في معرفة من تجب عليه وعمن تجب والثالث
كم يجب عليه ومما تجب عليه والرابع متى تجب عليه والخامس من تجوز له
الفصل الأول فأما زكاة الفطر فالجمهور على أنها فرض وذهب بعض
المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة وبه قال بعض أهل العراق وقال قوم
هي منسوخة بالزكاة وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ثبت

من حديث

من حديث ابن عمر أنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من
رمضان صاعا من تمر وصاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين
وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يقبل الصاحب في فهم الوجوب أو الندب من أمره
عليه الصلاة والسلام إذا احتمل لفظه ذلك وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث
الأعرابي المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة فقال هل علي غيرها فقال لا إلا
أن تطوع فذهب الجمهور إلى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير
إلى أنها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما روي عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه
ونحن نفعله الفصل الثاني فيمن تجب عليه وعمن تجب وأجمعوا أن المسلمين مخاطبون بها
ذكرانا وإناثا صغارا وكبارا عبيدا وأحرارا لحديث ابن عمر المتقدم إلا ما شذ فيه الليث فقال
ليس على أهل العمود زكاة الفطر وإنما هي على أهل القرى ولا حجة له وما شذ أيضا من قول من لم يوجبها
على اليتيم وأما عمن تجب فإنهم اتفقوا على أنها تجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لا زكاة
مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه إذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده إذا لم يكن لهم مال واختلفوا
فيما سوى ذلك وتلخيص مذهب مالك أنها تلزم الرجل على من ألزمه الشرع النفقة عليه ووافقه
في ذلك الشافعي وإنما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن يلزم المرء نفقته إذا كان معسرا ومن
ليس يلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة فقال تؤدي عن نفسها وخالفهم أبو ثور في العبد إذا كان
له مال فقال إذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر والجمهور
على أنه لا تجب على المرء في أولاده الصغار إذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة
ومالك وقال الحسن هي على الأب وإن أعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه
الزكاة الغنى عند أكثرهم ولا نصاب بل أن يكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال أبو حنيفة
وأصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لأنه لا يجتمع أن تجوز له وأن تجب عليه وذلك بين

والله اعلم وانما اتفق الجمهور على ان هذه الزكاة ليست متعلقة بالمكلف في ذاته
فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير والعبيد فمن فهم
من هذا ان علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة عن كل من يليه ومن فهم من هذا النفقة
قال المنفق يجب ان يخرج الزكوة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق
في الصغير والعبيد وهما اللذان نبه بهما على ان هذه الزكوة ليست متعلقة بذات المكلف فقط
بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيهما ووجوب النفقة فذهب مالك الى ان العلة في ذلك
وجوب النفقة وذهب ابو حنيفة الى ان العلة الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقد روي مرفوعا
ادوا زكاة الفطر عمن تمونون ولكنه غير مشهور واختلفوا من العبيد في مسايل اجراها كما قلنا
في وجوب زكوته على السيد اذا كان له مال وذلك مبني على انه يملك او لا يملك والثانية في العبد الكافر
هل تؤدى عنه زكوة ام لا فقال مالك والشافعي واحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال
الكوفيون عليه الزكوة فيه والسبب في اختلافهم اختلافهم في الزيادة الواردة في حديث ابن عمر
وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيه نافع وكان ابن عمر ايضا الذي هو راوي الحديث
من مذهبه اخراج الزكاة عن العبيد الكفار وللخلاف ايضا سبب اخر وهو كون الزكاة الواجبة
على السيد في العبد هل هي لمكان ان العبد مكلف او انه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط
الاسلام ومن قال انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على ان العبد اذا اعتق
ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات والثالثة
في المكاتب فان مالكا وابا ثور قالا يؤدي عنه سيده زكوة الفطر وقال الشافعي وابو حنيفة
واحمد لا زكاة عليه فيه وسبب اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد والرابعة
في عبيد التجارة ذهب مالك والشافعي واحمد الى ان على السيد فيهم زكاة الفطر وقال
ابو حنيفة وغيره ليس في عبيد التجارة صدقة وسبب الخلاف معارضة القياس
للعموم وذلك ان عموم اسم العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وعند ابي حنيفة

ان هذا

ان هذا العموم يخصص بالقياس وذلك اجتماع زكاتين في مال واحد وكذلك اختلفوا في
عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة

الفصل الثالث

واما مماذا تجب فان قوما ذهبوا الى انها تجب اما من البر او التمر او الشعير او الزبيب او الاقط وان ذلك
على التخيير للذي تجب عليه وقوم ذهبوا الى ان الواجب هو غالب قوت البلد او قوت
المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد الوهاب عن المذهب والسبب في
اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابي سعيد الخدري انه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير او صاعا من اقط او صاعا من تمر فمن
فهم من هذا الحديث التخيير قال اي اخرج من هذه اجزا عنه ومن فهم منه ان اختلاف المخرج
ليس سببه الاباحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج او قوت غالب البلد قال بالقول الثاني
واما كم يجب فان العلماء اتفقوا على انه لا يؤدى في زكوة الفطر من التمر والشعير اقل من
صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدى من القمح فقال مالك والشافعي
لا يجزي منه اقل من صاع وقال ابو حنيفة واصحابه يجزي من البر نصف صاع والسبب
في اختلافهم تعارض الاثار كانه جا في حديث ابي سعيد الخدري انه قال كنا نخرج زكوة الفطر
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير او صاعا من اقط او صاعا من
تمر او صاعا من زبيب وظاهره انه اراد بالطعام القمح وروى الزهري ايضا عن ابن صعير
عن ابيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاع من بر بين اثنين او صاع
من شعير او صاع تمر عن كل واحد خرجه ابو داود وروي عن ابن المسيب انه قال كانت صدقة
الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من البر ومن اخذ بظاهر حديث
ابي سعيد الخدري وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب

الفصل الرابع

واما متى تجب اخراج زكوة الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب في اخر رمضان لحديث ابن
عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان واختلفوا في تحديد الوقت
فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروى عنه اشهب

انها تجب بغروب الشمس من اخر يوم رمضان وبالاول قال ابو حنيفة وبالثاني قال الشافعي
وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد او بخروج رمضان لان ليلة
العيد ليست من رمضان وفائدة الخلاف في المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد
وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه ام لا الفصل الخامس واما لمن تصرف فاجمعوا على انها
تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن السؤال في هذا
اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة فالجمهور على انها لا تجوز لهم وقال ابو حنيفة
تجوز وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط او الفقر والاسلام
فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر فقط اجازها لهم واشترط
قوم في اهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا واجمع المسلمون على ان زكاة
الاموال لا تجوز لاهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام صدقة تؤخذ من اغنيائهم
وترد على فقرائهم تم

كتاب الجهاد

والقول المحيط
باصول هذا الكتاب ينحصر في جملتين الجملة الاولى في معرفة اركان الحرب الثانية
في احكام اموال المحاربين اذا تملكها المسلمون الجملة الاولى وهذه الجملة فيها
فصول سبعة احدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم والثاني معرفة الذين
يحاربون الثالث معرفة ما يجوز من النكاية في صنف صنف من اصناف اهل الحرب
الرابع معرفة شرط جواز الحرب الخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم
السادس هل تجوز الشهادة السابع لماذا يحاربون الفصل الاول فاما
حكم هذه الوظيفة فاجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لا فرض عين الا عبد الله
بن الحسن فانه قال انه تطوع وانما صار الجمهور لكونه فرضا لقوله تعالى كتب عليكم
القتال وهو كره لكم الاية واما كونه فرضا على الكفاية اعني انه اذا قام به البعض
سقط عن البعض فلقوله تعالى وما كان المومنون لينفروا كافة وقوله وكلا وعد الله
الحسنى ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الا وترك بعض الناس

فاذا اجتمعنا

فاذا اجتمعنا هذه اقتضى ذلك كون هذه الفريضة فرضا على الكفاية واما على من يجب
فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمنى
وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض
حرج وقوله ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج واما
كون هذه الوظيفة تختص بالاحرار فلا اعلم فيه خلافا وعامة العلماء متفقون على ان
من فرض هذه الفريضة اذن الابوين فيها الا ان يكون عليه فرض عين مثل ان يكون هنالك
من يقول بالفرض الا بقيام الجميع فيه والاصل في هذا ما ثبت ان رجلا قال لرسول الله
صلى الله عليه وسلم اني اريد الجهاد فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد
واختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا في اذن الغريم اذا كان عليه دين
لقوله عليه الصلاة والسلام وقد ساله الرجل ايكفر الله عني خطاياي ان مت صابرا محتسبا
في سبيل الله فقال نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل والجمهور على جوازه لا وخاصة
اذا خلف وفاء من دينه الفصل الثاني فاما الذين يحاربون فانهم اتفقوا على انهم
جميع المشركين لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله
الا ما روي عن مالك انه لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روي انه صلى الله عليه و
سلم قال ذروا الحبشة ما وذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن
قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم الفصل الثالث واما ما يجوز من النكاية في العدو
فان النكاية لا تخلو ان تكون في الاموال او في النفوس او في الرقاب اعني الاستعباد والتملك
فاما النكاية التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الاجماع في جميع انواع المشركين
اعني ذكرانهم واناثهم شيوخهم وشبانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوما
راوا ان يتركوا ولا يوسروا بل يتركوا دون ان يعرض اليهم لا بقتل ولا باستعباد اتباعا
لفعل ابي بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير في الاسارى في خصال منها ان يمن عليهم

ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم الفداء ومنها أن يضرب
عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الأسير وحكى الحسن بن محمد التميمي أنه إجماع
الصحابة والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام
وذلك أن ظاهر قوله تعالى فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب الآية أنه ليس للإمام
بعد الأسر إلا المن والفداء وقوله تعالى ما كان لنبي أن يكون له أسرى الآية والسبب
الذي نزلت فيه من أسارى يوم بدر يدل على أن القتل أفضل من الاستعباد وأما هو عليه
الصلاة والسلام فقد قتل الأسارى في غير موطن واستعبد النساء وحكى أبو عبيد أنه لم
يستعبد أحد ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده عليه الصلاة والسلام على استعباد
أهل الكتاب ذكرانهم وإناثهم فمن رأى أن الآية خاصة في حكم الأسارى ناسخة
لفعله قال لا يقتل الأسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الأسير ولا المقصود
منها حصر ما يفعل بالأسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد على
ما في الآية قال يجوز قتل الأسير والقتل إنما يجوز إذا لم يكن يؤخذ بعد تأمين وهذا
ما لا خلاف فيه بين المسلمين وإنما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز واتفقوا
على جواز تأمين الإمام وجمهور العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم إلا ما كان يرى
ابن الماجشون أنه موقوف على إذن الإمام واختلفوا في أمان العبد وأمان المرأة
فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان أمان المرأة موقوف
على إذن الإمام وقال أبو حنيفة لا يجوز أمان العبد إلا أن يقاتل والسبب في اختلافهم
معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم
ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب العموم أمان العبد
وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الأمان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية
فوجب أن يكون للعبودية تأثير في إسقاطه قياسا على تأثيرها في إسقاط كثير من

الأحكام الشرعية وأن يخص ذلك العموم بهذا القياس وأما اختلافهم في أمان المرأة
فسببه اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ
وقياس المرأة في ذلك على الرجل وذلك أن منهم من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام قد أجرنا
من أجرت يا أم هانئ إجازة أمانها لا صحته في نفسه وأنه لولا إجازته بذلك لم يؤثر قال
فلا أمان للمرأة إلا أن يجيزه الإمام ومنهم من فهم من ذلك أن إمضاءه أمانها كان من جهة
أنه قد كان انعقد وأثر لا من جهة أن إجازته هي التي صححت عقده قال أمان
المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا في ذلك أجاز أمانها ومن رأى
أنها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها وكيف ما كان فالأمان غير مؤثر في الاستعباد وإنما يؤثر
في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في دلالة جموع المذكر هل يتناول
النساء أم لا يعني بحسب العرف الشرعي وأما النكاية التي تكون في النفوس فهي القتل ولا خلاف بين
المسلمين أنه يجوز في الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين وأما القتل بعد الأسر ففيه
الخلاف الذي ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم أنه لا يجوز قتل صبيانهم ولا نسائهم ما لم تقاتل
المرأة فإذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل
النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا في أهل الصوامع
المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث
والعسيف فقال مالك لا يقتل الأعمى ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم
بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفاني عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال
الثوري والأوزاعي لا يقتل الشيوخ فقط وقال الأوزاعي لا يقتل الحراث وقال الشافعي
في الأصح عنه يقتل جميع هذه الأصناف وسبب اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها
لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت أمرت أن أقاتل الناس حتى
يقولوا لا إله إلا الله الحديث وذلك أن قوله تعالى فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم يقتضي قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله

عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس واما الاثار التي وردت باستبقاء هذه
الاصناف فمنها ما رواه داود ابن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اذا بعث جيوشه قال لا تقتلوا اصحاب الصوامع ومنها ايضا ما روي عن انس بن مالك عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا تغلوا خرجه ابو داود
ومن ذلك ايضا ما رواه مالك عن ابي بكر انه قال ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا
انفسهم لله فذروهم وما حبسوا انفسهم اليه ولا تقتلن امراة ولا صبيا ولا كبيرا
ولا هرما ويشبه ان يكون السبب الاملك في اختلافهم في هذه المسالة معارضة قوله تعالى
وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين لقوله فاذا
انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين فمن راى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا
في سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال اولا انما ابيح لمن يقاتل قال الاية على عمومها
ومن راى ان قوله تعالى وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم محكمة وانها تتناول هؤلاء
الاصناف الذين لا يقاتلون استثناها من عموم تلك وقد احتج الشافعي بحديث سمرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم وكان
العلة الموجبة للقتل عنده انما هو الكفر فوجب ان تطرد هذه العلة في جميع الكفار
واما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احتج في ذلك بما روي عن زيد بن وهب قال
اتانا كتاب عمر رضي الله عنه لا تغلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا واتقوا الله
في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهي عن قتل العسيف المشرك وذلك انه
قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فمر رباح واصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم على امراة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه
وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه القوم فقال
لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امراة والسبب
الموجب بالجملة لاختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة في ذلك الكفر

لم يستثن احدا من المشركين ومن زعم ان العلة في ذلك اطاقة القتال للنهي عن قتل
النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح
والعسيف اعني الاجير وصح النهي عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم
بالسلاح واختلفوا في تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها
وهو قول عمر ويروى عن مالك واجاز ذلك سفيان الثوري وقال بعضهم ان ابتدا العدو
بذلك جاز والا فلا والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فقوله
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولم يستثن قتلا من قتل واما الخصوص فما ثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار
فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالمجانيق
سواء كان فيها نساء وذرية او لم يكن لما جاء ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق
على اهل الطائف واما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال المسلمين
فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعي وقال الليث ذلك جائز ومعتمد
من لم يجز ذلك قوله تعالى لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا اليما واما من اجاز
ذلك فكانه نظر الى المصلحة فهذا مقدار النكاية التي يجوز ان يبلغ بهم في نفوسهم ورقابهم
واما النكاية التي تجوز في اموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك
فاجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشي ولا تحريق النخل
وكره الاوزاعي قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان او غير ذلك وقال الشافعي
تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر
اذا لم تكن لهم معاقل والسبب في اختلافهم مخالفة فعل ابي بكر لفعله صلى الله عليه
وسلم وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام حرق نخل بني النضير وثبت عن
ابي بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تخربن عامرا فمن ظن ان فعل ابي بكر هذا انما كان
لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على ابي بكر ان يخالفه

مع علمه بفعله او ان راى ان ذلك كان خاصا ببني النضير لمكان غزوتهم فقال بقول ابي بكر ومن
اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم ير قول احد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر
وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثلة وقد نهي عن المثلة ولم يات
عنه عليه الصلاة والسلام انه قتل لهم حيوانا فهذا هو معرفة النكاية التي يجوز ان
تبلغ من الكفار في اموالهم ونفوسهم الفصل الرابع فاما شرط الحرب فهو بلوغ
الدعوة باتفاق اعني انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك مجتمع
عليه من المسلمين لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا واما هل تكرر الدعوة
عند تكرر الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من اوجبها ومنهم من استحبها
ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها والسبب في اختلافهم معارضة القول الفعل وذلك
انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام كان اذا بعث سرية قال لاميرها اذا لقيت عدوك
من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال او خلال فايتهن ما اجابوك فاقبل منهم وكف
عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول
من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين
وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب
المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة
نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان اجابوا
فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه
الصلاة والسلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم
الجمهور من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في اول الاسلام قبل ان تنتشر
الدعوة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص
ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع الفصل الخامس واما معرفة العدد
الذين لا يجوز الفرار منهم فهو الضعف وذلك مجتمع عليه لقوله تعالى الآن
خفف

خفف الله عنكم وعلم ان فيكم ضعفا الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك
ان الضعف انما يعتبر في القوة لا في العدد وانه يجوز ان يفر الواحد عن واحد اذا كان
اعتق جوادا منه واجود سلاحا واشد قوة الفصل السادس فاما هل تجوز
المهادنة فان قوما اجازوها ابتداء من غير سبب اذا راى ذلك الامام مصلحة
للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة
او غير ذلك اما بشيء ياخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها
ان تؤخذ منهم وهم بحيث ان تنفذ عليهم احكام المسلمين واما بلا شيء ياخذونه
منهم وكان الاوزاعي يجيز ان يصالح الامام الكفار على شيء يدفعه المسلمون
الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة او غير ذلك من الضرورات وقال الشافعي
لا يعطي المسلمون الكفار شيئا الا ان يخافوا ان يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم او
لمحنة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا راى ذلك الامام مالك والشافعي
وابو حنيفة الا ان الشافعي لا يجوز الصلح عنده لاكثر من المدة التي صالح عليها
رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية وسبب اختلافهم في جواز
الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم ولقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولقوله
تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله فمن راى ان آية الامر بالقتال حتى
يسلموا او يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن
راى ان آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا راى ذلك الامام وعضد
تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك ان صلحه عام الحديبية لم يكن
لموضع ضرورة واما الشافعي فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا
او يعطوا الجزية وكان هذا مخصوصا عنده بفعله عليه الصلاة والسلام

عام الحديبية لم ير أن يزاد على المدة التي صالح عليها صلى الله عليه وسلم وقد اختلف
في هذه المدة فقيل كانت أربع سنين وقيل ثلاث وقيل عشر وبذلك قال الشافعي
وأما من أجاز أن يصالح المسلمون المشركين بأن يعطيهم المسلمون شيئا إذا دعت إلى
ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك فمصيرا إلى ما روي أنه كان عليه الصلاة والسلام قد هم
أن يعطي بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب لتخذيلهم فلم
يوافقه على القدر الذي كان سمح لهم به من ثمر المدينة حتى أفاء الله بالنصر وأما من
لم يجز ذلك إلا أن يخاف المسلمون أن يصطلموا فقياسا على إجماعهم على جواز فداء
أسارى المسلمين لأن المسلمين إذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى الفصل
السابع فلماذا يحاربون فاتفق المسلمون على أن المقصود بالمحاربة لأهل الكتاب
ما عدا أهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد أمرين إما الدخول في الإسلام
وإعطاء الجزية لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما
حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية
عن يد وهم صاغرون وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله
صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب واختلفوا فيما سوى أهل الكتاب
من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك
وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وأبو ثور وجماعة
لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص
وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله عليه الصلاة والسلام
أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم
وأموالهم إلا بحقها وأما الخصوص فقوله لأمراء السرايا الذين كان يبعثهم إلى
مشركي العرب ومعلوم أنهم كانوا غير أهل كتاب فإذا لقيت عدوك فادعهم

إلى ثلاث

إلى ثلاث خصال فذكر الجزية فيها وقد تقدم في الحديث فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن
الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا أهل الكتاب لأنه رأى أن
الأمر بقتالهم على العموم وهي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك أن الأمر بقتال المشركين
عامة في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك أن الحديث إنما هو قبل الفتح بدليل دعائهم
فيه للهجرة ومن رأى أن العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر
بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين
فخرج من ذلك العموم باتفاق مخصوص بقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون وسيأتي القول في الجزية وأحكامها في الجملة الثانية من
هذا الكتاب فهذه هي أركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة
النهي عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت
ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز في العساكر المأمونة
والسبب في اختلافهم هل النهي عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص الجملة الثانية والقول
المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر في سبعة فصول الأول في حكم الخمس الثاني في حكم الأربعة
الأخماس الثالث في حكم الأنفال الرابع في حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار الخامس
في حكم الأرضين السادس في حكم الفيء السابع في أحكام الجزية والمال الذي يؤخذ منهم
على طريق الصلح الفصل الأول اتفق المسلمون على أن الغنيمة التي تؤخذ قسرا
من أيدي الروم ما عدا الأرضين أن خمسها للإمام وأربعة أخماسها للذين غنموها لقوله
تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء الآية واختلفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة
أحدها أن الخمس يقسم خمسة أخماس على نص الآية وبه قال الشافعي والقول
الثاني أنه يقسم على أربعة أقسام وأن قوله تعالى فأن لله خمسه هو افتتاح كلام وليس
هو قسما خامسا والقول الثالث أنه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وأن سهم النبي

وذي القربى سقط بموت النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع أن الخمس بمنزلة
الفيء يعطى منه الغني والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء على قسمته
والذين قالوا يقسم أربعة أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الأصناف الذين
لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم للإمام وسهم ذوي القربى لقرابة الإمام وقال قوم بل يجعلان في السلاح
والعدد واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم وقال قوم بنو المطلب وبنو هاشم
وسبب اختلافهم هل الخمس يقتصر على الأصناف المذكورين أم يعدى لغيرهم
وهل ذكر تلك الأصناف في الآية المقصود منه تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم
على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فمن رأى أنه من باب الخاص أريد
به الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الأصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه
الجمهور ومن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للإمام أن يصرفه
فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم
هو للإمام بعده بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال إذا أطعم الله نبيا طعمة
فهو للخليفة بعده وأما من صرفه على الأصناف الباقين أو الغانمين فتشبيها بالصنف
الذين يقسم عليهم وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فإنه احتج بحديث
جبير بن مطعم قال إنما بنو المطلب وبنو هاشم صنف واحد ومن قال بنو هاشم
فقط قال لأنهم الذين لا تحل لهم الصدقة واختلف العلماء في سهم النبي صلى الله
عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس له
غاب عن الغنيمة أو حضرها وقال قوم بل الخمس والصفي وهو سهم مشهور
له صلى الله عليه وسلم وهو شيء كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة

أو عبد

أو عبد وروي أن صفية كانت من الصفي وأجمعوا على أن الصفي ليس لأحد بعد رسول الله
صلى الله عليه وسلم إلا أبا ثور فإنه قال يجري مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم

الفصل الثالث وأجمع العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين إذا خرجوا
بإذن الإمام واختلفوا في الخارجين بغير إذن الإمام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى
يجب وكم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على أن أربعة أخماس الغنيمة
للذين غنموها خرجوا بإذن الإمام أو بغير إذنه لعموم قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء
الآية وقال قوم إذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير إذن الإمام فكل ما ساق نفل يأخذه
الإمام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كأنهم اعتمدوا
صورة الفعل الواقع من ذلك من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا إنما
كانت تخرج عن إذنه عليه الصلاة والسلام فكأنهم رأوا أن إذن الإمام في ذلك وهو ضعيف وأما من له
السهم من الغنيمة فإنهم اتفقوا على الذكران الأحرار البالغين واختلفوا في أضدادهم أعني في النساء
والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة
ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ لهم ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم
حظ واحد من الغانمين وهو قول الأوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم من قال
يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك أن يطيق القتال وهو مذهب
مالك ومنهم من قال يرضخ له وسبب اختلافهم في العبيد هل عموم الخطاب يتناول الأحرار
والعبيد معا أو الأحرار فقط دون العبيد وأيضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك
أنه انتشر فيهم رضي الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم روى ذلك عمر بن الخطاب وابن
عباس ذكره ابن أبي شيبة عنهما رضي الله عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصح ما روي من ذلك عن
عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن
الحدثان قال عمر ليس أحد أولى في هذا المال من أحد إلا ما ملكت أيمانكم وإنما صار الجمهور

إلى أن المرأة لا يسهم لها ويرضخ لها لحديث أم عطية قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم فنداوي الجرحى ونمرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنيمة. وسبب اختلافهم هو
اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها إذا غزت لها تأثير في الحرب فإنهم اتفقوا
على أن النساء مباح لهن الغزو فمن شبههن بالرجال أوجب لهن نصيبا في الغنيمة ومن
رأى أنهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى إما لم يوجب لهن شيئا وإما أوجب لهن قسطا
الغانمين وهو الرضخ والأولى اتباع الأثر. وزعم الأوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أسهم للنساء بخيبر. وكذلك اختلفوا في التجار والأجراء هل يسهم لهم أو لا فقال
مالك لا يسهم لهم إلا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم إذا شهدوا القتال. وسبب
اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء بالقياس الذي
يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك أن من رأى أن التجار والأجراء حكمهم
خلاف حكم المجاهدين لأنهم لم يقصدوا القتال وإنما قصدوا إما التجارة وإما الإجارة
استثناهم من ذلك العموم ومن رأى أن العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم
على ظاهره. ومن حجة من استثناهم ما خرجه عبد الرزاق أن عبد الرحمن بن عوف قال
لرجل من فقراء المهاجرين أن يخرج معه فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فأبى
أن يخرج معه واعتذر له بأمر عياله وأهله فأعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على أن يخرج
معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن
سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم تلك الثلاثة الدنانير حظه ونصيبه من غزوته في أمر دنياه وآخرته. وخرج مثله
أبو داود عن يعلى بن منية. ومن أجاز له القسم شبهه بالجعائل أيضا وهو أن
يعين أهل الديوان بعضهم بعضا أعني أن يعين القاعد منهم الغازي. وقد اختلف
العلماء في الجعائل فأجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من أجازها من السلطان

فقط

فقط وإذا كانت ضرورة وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وأما الشهيد الذي يجب
للمجاهد بهذا السهم في الغنيمة فإن الأكثر على أنه إذا شهد القتال وجب له وهذا
قال الجمهور وقال قوم إذا لحق بهم قبل أن يخرجوا إلى دار الإسلام وجب له حظه من الغنيمة
إن اشتغل في شيء من أسبابها وهو قول أبي حنيفة. والسبب في اختلافهم
سببان القياس والأثر أما القياس فهل يلحق تأثير الغازي في الحرب بتأثيره في الأخذ
وذلك أن الذي شهد القتال له تأثير في الأخذ أعني في أخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم
والذي جاء قبل أن يخرجوا إلى بلاد المسلمين له تأثير في الحفظ فمن شبه التأثير في الحفظ
بالتأثير في الأخذ قال يجب له السهم وإن لم يحضر القتال ومن رأى أن الحفظ أضعف
لم يوجب له. وأما الأثر فإن في ذلك أثرين متعارضين أحدهما ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعث أبان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم أبان
وأصحابه على النبي صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحوها فقال أبان اقسم لنا
يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها. والأثر الثاني ما روي أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر إن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة
رسوله وضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لأحد غاب غيره
قالوا فوجب له السهم لأن اشتغاله كان بسبب الإمام. قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه قال الغنيمة لمن شهد الوقيعة. وأما السرايا التي تخرج من العساكر
فتغنم فإن الجمهور على أن العسكر يشاركونهم فيما غنموا وإن لم يشهدوا الغنيمة
ولا القتال وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام وترد سراياهم على قعدتهم خرجه
أبو داود ولأن لهم تأثيرا أيضا في أخذ الغنيمة. وقال الحسن البصري إذا خرجت السرية
بإذن الإمام من عسكره خمسها وما بقي فلأهل السرية وإن خرجوا بغير إذنه خمسها
وكان ما بقي بين الجيش كله. وقال النخعي الإمام بالخيار إن شاء خمس

ما تسوق السرية وان تشارك في كله والسبب في هذا الاختلاف هو تشبيه
تأثير العسكر في غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال وهم اهل السرية
فاذا الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شيئين اما ان يكون ممن حضر
القتال واما ان يكون ردءا لمن حضر القتال واما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا في الفارس
فقال الجمهور للفارس ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه والسبب
في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس وذلك ان ابا داود خرج عن ابن عمر ان
النبي صلى الله عليه وسلم اسهم لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهمان للفرس
وسهم لراكبه وخرج ايضا عن مجمع بن جارية الانصاري مثل قول ابي حنيفة واما القياس
المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو ان يكون سهم الفرس اكثر من سهم الانسان
فهذا الذي اعتمده ابو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف
له وهذا القياس ليس بشيء لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذي هو الفارس
بالفرس وغير بعيد ان يكون تأثير الفارس في الحرب ثلاثة اضعاف تأثير الراجل
بل لعله واجب مع ان حديث ابن عمر اثبت واما ما للمجاهدين ان يأخذوا
من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في
ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه الصلاة والسلام ادوا
الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على اهله يوم القيامة الى غير ذلك من
الآثار الواردة في هذا الباب واختلفوا في اباحة الطعام للغزاة ما داموا في ارض
العدو فاباح ذلك الجمهور ومنع ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب والسبب
في اختلافهم معارضة الآثار التي جاءت في تحريم الغلول للآثار الواردة في اباحة
اكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن ابي اوفى فمن خصص
احاديث تحريم الغلول بهذا اجاز اكل الطعام ومن رجح احاديث تحريم الغلول

على هذه

على هذه لم يجز ذلك وحديث ابن المغفل قال اصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت
لا اعطي منه شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه
البخاري وحديث ابن ابي اوفى قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله
ولا نرفعه خرجه البخاري واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم تحرق رحله وقال بعضهم
ليس له عقاب الا التعزير وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث صالح
بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام قال من غل فاحرقوا
متاعه الفصل الثالث واما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء اعني
ان يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من اي شيء يكون النفل
وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل ام ليس يجب الا ان
ينفله الامام فهذه اربع مسائل هي قواعد هذا الفصل اما المسئلة الاولى فان قوما
قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت المال وبه قال مالك وقال قوم بل النفل
انما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذي اختاره الشافعي وقال
قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال احمد وابو عبيد ومن هؤلاء من اجاز
تنفيل جميع الغنيمة والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين في المغانم
تعارض ام هما على التخيير اعني قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية وقوله
يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول فمن رأى ان قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من
شيء فان لله خمسه وللرسول ناسخة لقوله تعالى يسألونك عن الانفال قال لا نفل
الا من الخمس او من خمس الخمس ومن رأى انه لا معارضة بينهما وانهما على التخيير
اعني ان للامام ان ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله ان لا ينفل بان يعطي جميع
اخماس الغنيمة للغانمين قال يجوز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم ايضا سبب
ثان وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك ان احدهما ما روى مالك عن ابن

عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا
إبلا كثيرة فكان سهمانهم اثني عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل
كان بعد القسمة من الخمس والثاني حديث حبيب ابن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم كان ينفل الربع للسرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة
يعني في بداءة غزوه عليه السلام وفي انصرافه عنها والذين أجازوا النفل من رأس الغنيمة
فانهم قالوا لا يجوز أن ينفل أكثر من الثلث أو الربع على حديث حبيب ابن مسلمة
وقال قوم إن نفل الإمام السرية جميع ما غنمت جاز مصيرا إلى أن آية الأنفال غير
منسوخة بل محكمة وأنها على عمومها غير مخصصة ومن رأى أنها مخصصة بهذا
الأثر قال لا يجوز أن ينفل أكثر من الربع والثلث وأما المسألة الثالثة وهي هل
يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أو ليس يجوز ذلك فإنهم اختلفوا فيه فكره ذلك
مالك وأجازه جماعة وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لل
الأثر وذلك أن الغزو إنما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هي العليا
فإذا وعد الإمام بالنفل قبل الحرب خيف أن يسفك الغزاة دماءهم في غير حق
الله وأما الأثر الذي يقتضي بظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة
أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينفل في الغزو السرايا الخارجة من العسكر
الربع وفي القفول الثلث ومعلوم أن المقصود من هذا إنما هو التنشيط على
الحرب وأما المسألة الرابعة وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس إلا أن
ينفله له الإمام فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول
إلا أن ينفله له الإمام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري
وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وإسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال
ذلك الإمام أو لم يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط شرطا ومنهم

من قال

من قال لا يكون السلب له إلا إذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من
قال إنما يكون السلب للقاتل إذا كان القتل قبل معمعة الحرب أو بعدها وأما
إن قتله في حين المعمعة فليس له سلب وبه قال الأوزاعي وقوم قالوا إن استكثر الإمام
السلب جاز أن يخمسه وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين
بعد برد القتال من قتل قتيلا فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام
على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك قوي عنده أنه على جهة النفل
من قبل أنه لم يثبت عنده أنه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به إلا يوم حنين
ولمعارضة الغنيمة له إن حمل ذلك على الاستحقاق أعني قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم
من شيء فإنه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن أربعة الأخماس واجبة للغانمين
كما أنه لما نص على الثلث للأم في المواريث علم أن الثلثين للأب قال أبو عمر وهذا القول
محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروي عن عمر ابن الخطاب أنه قال
كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن
الخطاب أنه قال كنا ابن مالك الأشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى بالسلب للقاتل وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك أن البراء بن مالك
حمل على مرزبان يوم الزارة فطعنه طعنة دق قربوس سرجه فقتله فبلغ
سلبه ثلاثين ألفا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لأبي طلحة إنا كنا لا نخمس السلب
وإن سلب البراء قد بلغ مالا كثيرا ولا أراني إلا خمسته قال ابن سيرين فحدثني أنس بن
مالك أنه أول سلب خمس في الإسلام وبهذا تمسك من فرق بين القليل والكثير واختلفوا
في السلب الواجب له ما هو فقال قوم له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من
ذلك الذهب والفضة **الفصل الرابع** وأما أموال المسلمين التي تسترد
من أيدي الكفار فإنهم اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة أحدها

احمد

أن ما استرده المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين لأربابهم ليس للغزاة
المستردين لذلك منها شيء وممن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور والقول
الثاني أن ما استرده المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا
القول قاله الزهري وعمرو بن دينار وهو مروي عن عمر بن الخطاب والقول
الثالث أن ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلا ثمن وما وجد
من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم
رأى أن هذا الحكم في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار بأي وجه صار ذلك إلى
أيدي الكفار وفي أي موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة
وهو مروي عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك إلى أيدي الكفار
غلبة وحازوه حتى أوصلوه إلى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا
به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه إن ألفاه صاحبه قبل القسم فهو له وهذا هو القول
الرابع واختلافهم راجع إلى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم إذا غلبوهم
عليها أم ليس يملكونها وسبب اختلافهم في هذه المسألة تعارض الآثار في هذا
الباب والقياس وذلك أن حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون
على المسلمين شيئا وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العضباء
ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كان ذات ليلة قامت
المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت العضباء فأتت ناقة
ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها فلما قدمت
المدينة عرفت الناقة فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها
فقال بئسما جزيتيها لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل
كما هو حديث ابن عمر على مثل هذا وهو أنه غار له فرس فأخذها العدو فظهر عليه

المسلمون

المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان و
أما الأثر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك
لنا عقيل من دار يعني أنه باع دوره التي كانت بمكة له بعد هجرته منها عليه الصلاة
والسلام إلى المدينة وأما القياس فإن من شبه الأموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون
رقاب المسلمين كذلك لا يملكون أموالهم كحال الباغي مع العادل أعني أنه لا يملك عليه الأمرين جميعا
ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للشيء إن فاتت عينه والكفار قد اتفقوا
على أنهم غير ضامنين لأموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين
للأموال إذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل القسم وبعده وبين
ما أخذه المشركون غلبة أو بغير غلبة فإن صار إليهم من تلقائه مثل العبد الآبق
والفرس العائر فليس له حظ من النظر وذلك أنه ليس يجري وسطا بين أن يقول إما أن يملك
المشرك على المسلمين شيئا أو لا يملكه إلا أن يثبت في ذلك دليل سمعي لكن أصحاب هذا المذهب
إنما صاروا إليه لحديث الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا
وجد بعيرا له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أصبته قبل
أن يقسم فهو لك وإن أصبته بعد القسم أخذته بالقيمة لكن الحسن بن عمارة مجتمع على
ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه مالك فيما أحسب من ذلك فهو
قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء أبي
حنيفة أم الولد والمدبر من سائر الأموال لا معنى له وذلك أنه إن كان الكفار يملكون على
المسلمين سائر الأموال فما عدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد إنه إذا أصابها سيدها بعد
القسم أن على الإمام أن يفديها فإن لم يفعل أجبر سيدها على فدائها فإن لم
يكن له مال أعطيت له واتبع الذي خرجت في نصيبه قيمتها دينا متى ما أيسر وهو
قول أيضا ليس له حظ من النظر لأنه إن لم يملكها الكفار فقد يجب أن يأخذها بغير

ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وابو حنيفة فرق بينها وبين سائر الاموال
الا ان يثبت في ذلك سماع ومن هذا الاصل اعني من اختلافهم هل يملك المشرك
مال المسلم او لا يملكه اختلف الفقهاء في الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له ام لا فقال
مالك وابو حنيفة يصح له وقال الشافعي على اصله لا يصح له واختلف مالك وابو حنيفة اذا
دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص واخذ مما في ايديهم مال مسلم فقال ابو حنيفة
هو اولى به وان اراده صاحبه اخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه اخذه بالثمن وقال الملك
هو لصاحبه فلم يجر على اصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحربي يسلم ويهاجر ويترك
في دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وذريته وزوجه
فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك ام ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك
حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال
ليس للمال حرمة وللزوجة والولد حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل
ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فمن زعم ان ههنا مبيحا للمال غير
الكفر من تملك عدو او غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض به هذه
القاعدة والله اعلم الفصل الخامس واختلفوا فيما افتتح المسلمون
من الارض عنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفا يصرف خراجها في مصالح
المسلمين من ارزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبيل الخير
الا ان يرى الامام في وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضي القسمة فان له ان يقسم
الارض وقال الشافعي الارضون المفتتحة عنوة تقسم كما تقسم الغنائم يعني
خمسة اقسام وقال ابو حنيفة الامام مخير في ان يقسمها بين المسلمين او يضرب على
اهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بايديهم وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض

بين

بين آية سورة الانفال وآية الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضي بظاهرها ان كل ما
غنم يخمس وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء وقوله تعالى في آية الحشر
والذين جاءوا من بعدهم عطفا على ذكر الذين اوجب لهم الفيء يمكن ان يفهم منه
ان جميع الناس الحاضرين والآتين شركاء في الفيء كما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال في قوله تعالى والذين جاءوا من بعدهم ما ارى هذه الآية الا قد عمت الخلق حتى
الراعي بكداء او كلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التي افتتحت في ايامه من ارض
العراق ومصر فمن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة
لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى
واحد بل رأى ان آية الانفال في الغنيمة وآية الحشر في الفيء على ما هو الظاهر من ذلك
قال تخمس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام قسم خيبر
بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام
الذي يجري مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام واما ابو حنيفة فانما ذهب الى التخيير
بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى خيبر بالشطر ثم ارسل ابن رواحة فقاسمهم
قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكن
قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فالواجب ان الامام بالخيار بين
القسمة والاقرار بايديهم وهو الذي فعل عمر رضي الله عنه وان اسلموا بعد الغلبة
عليهم كان مخيرا بين المن عليهم او قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم بمكة اعني من المن وهذا انما يصح على رأي من رأى انها افتتحت عنوة فان الناس
اختلفوا في ذلك وان كان الاصح انها افتتحت عنوة لانه الذي خرجه مسلم وينبغي ان
تعلم ان قول من قال ان آية الفيء وآية الغنيمة محمولتان على التخيير وان آية

الفيء ناسخة لآية الغنيمة او مخصصة لها لانه قول ضعيف جدا الا ان يكون اسم
الفيء او الغنيمة يدل على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لان
آية الانفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب
ان تكون احداهما ناسخة للاخرى او يكون الامام مخيرا بين التخميس وترك
التخميس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض اهل العلم انه مذهب لبعض
الناس والمنة حكاه عن المذهب ويجب على مذهب من يرى ان يستنبط من الجميع بينهما
زي قسمة الارض وقسمة ما عدا الارض ان يكون كل واحدة من الآيتين مخصصة
بعضها ما في الاخرى او ناسخة له حتى تكون آية الانفال خصصت من عموم آية الحشر
ما عدا الارضين فاوجبت فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الانفال
الارض فلم توجب فيها خمسا وهذه الدعوى لا تصح الا بدليل مع ان الظاهر من آية الحشر
انها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذي تضمنته آية الانفال وذلك
ان قوله فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب هو تنبيه على العلة التي من
اجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة فخلاف ذلك اذا
كانت بالايجاف **الفصل السادس في قسمة الفيء** واما الفيء فهو
فهو كل ما صار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل
ورجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم ان الفيء لجميع المسلمين
الفقير والغني وان الامام يعطي منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب
التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء منه
وبه قال الجمهور وهو الثابت عن ابي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس
والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكر في آية الفيء والغانم وهم الاصناف الغنائم
الذين ذكر في الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقي هو الذي هو مصروف الى
اجتهاد

اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعياله ومن رأى واحسب ان قوما قالوا
الفيء غير مخمس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس
واحسبه احد اقوال الشافعي وسبب اختلاف من رأى انه يقسم جميعه على
الاصناف الخمسة في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك اعني ان من جعل ذكر
الاصناف في الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ولمن
دونهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديدا للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى
بهم هؤلاء الاصناف اعني انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه واما تخميس
الفيء فلم يقل به احد قبل الشافعي وانما حمله على هذا القول انه رأى الفيء قد
قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم في الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس
لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه
القسمة تخص جميع الفيء لا جزءا منه وهو الذي ذهب اليه فيما احسب قوم
وخرج مسلم عن عمر قال كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله صلى الله عليه
وسلم مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة
فكان ينفق منها على اهله نفقة سنة وما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل
الله وهذا يدل على مذهب مالك **الفصل السابع في الجزية** والكلام في الجزية
المحيط باصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل المسألة الاولى ممن يجوز
اخذ الجزية الثانية على اي الاصناف منهم تجب الجزية الثالثة كم تجب الرابعة
متى تجب ومتى تسقط الخامسة كم اصناف الجزية السادسة فيما ذا يصرف مال
الجزية المسألة الاولى فاما من يجوز له اخذ الجزية فان العلماء مجمعون على انه
يجوز اخذها من اهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا فيمن لا كتاب له
وفيمن هو من اهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ
من قرشي كتابي وقد تقدمت هذه المسألة واما المسألة الثانية وهي

أي الأصناف من الناس تجب عليهم فإنهم اتفقوا على أنها تجب بثلاثة أوصاف الذكورية
والبلوغ والحرية وأنها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت إنما هي عوض من
القتل والقتل إنما هو متوجه بالأمر نحو الرجال البالغين إذ قد نهي عن قتل النساء و
الصبيان وكذلك أجمعوا أيضا أنها لا تجب على العبيد واختلفوا في أصناف من هؤلاء منها في
المجنون والمقعد ومنها في الشيخ ومنها في أهل الصوامع ومنها في الفقير هل
يتبع بها دينا أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيف وسبب
اختلافهم مبني على هل يقتلون أم لا أعني الأصناف وأما المسألة الثالثة
وهي كم الواجب فإنهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب في ذلك هو
ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق
أربعون درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزاد على ذلك ولا
ينقص منه وقال الشافعي أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب
ما يصالحون عليه وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الإمام وبه
قال الثوري وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما وأربعة وعشرون
وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثني عشر درهما ولا يزاد الغني على ثمانية
وأربعين درهما والوسط أربعة وعشرون درهما وقال أحمد دينار أو عدله معافري
لا يزاد عليه ولا ينقص منه وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه روي
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذا إلى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم
دينارا أو عدله معافري وهي ثياب باليمن وثبت عن عمر أنه ضرب الجزية على
أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين
وضيافة ثلاثة أيام وروي عنه أيضا أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية
على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر فمن حمل هذه
الأحاديث كلها على التخيير وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية

إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متفق على صحته وإنما
ورد الكتاب في ذلك عاما قال لا حد في ذلك وهو الأظهر والله أعلم ومن جمع بين
حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولا حد لأكثره ومن رجح أحد حديثي
عمر قال إما أربعين درهما وأربعة دنانير وإما بثمانية وأربعين وأربعة وعشرين
واثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لأنه مرفوع قال دينار فقط أو عدله
معافري لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه المسألة الرابعة وهي متى تجب الجزية
فإنهم اتفقوا على أنها لا تجب إلا بعد الحول وأنها تسقط عنه إذا أسلم قبل انقضاء
الحول واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول الحول عليه هل تؤخذ منه جزية للحول الماضي
بأسره أو لما مضى منه فقال قوم إذا أسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان
إسلامه بعد انقضائه أو قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة
إن أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وإن أسلم قبل الحول لم تجب عليه وإنما اتفقوا
على أنها لا تجب عليه قبل الحول لأن الحول شرط في وجوبها فإذا وجد الرافع لها وهو
الإسلام قبل تقرر الوجوب أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وإنما اختلفوا
بعد انقضاء الحول لأنها قد وجبت فمن رأى أن الإسلام يهدم هذا الواجب في الشرع
كما يهدم كثيرا من الحقوق المترتبة مثل الربويات وغير ذلك قال لا تسقط بعد
انقضاء الحول وسبب اختلافهم هو هل الإسلام يهدم الجزية الواجبة أو لا يهدمها
وأما المسألة الخامسة وهي كم أصناف الجزية فإن الجزية عندهم ثلاثة
أصناف جزية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحربيين
بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه
ليس فيها توقيت لا في الواجب ولا فيمن تجب عليه ولا متى تجب عليه وإنما ذلك
كله راجع إلى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح إلا أن يقول قائل

انه ان كان يقول الجزية الصلحية واجبة على المسلمين فقد يجب ان تكون ههنا
قدر ما اذا اعطاه من انفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون
اقلها محدودا واكثرها غير محدود واما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك ان
جمهور الفقهاء على انه ليس على اهل الذمة عشر ولا زكاة اصلا في اموالهم الا ما روي
عن طائفة انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بني تغلب اعني انهم اوجبوا عليهم تغلبي
اعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شيء من الاشياء التي يلزم المسلمين
فيها الصدقة وممن قال بهذا القول الشافعي وابو حنيفة واحمد والثوري وهو
فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكوا
وقد تقدم هذا في كتاب الزكوة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجرون
بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة او الانتقال ان كانوا حربيين ام لا يجب الا بشرط
فروى مالك وكثير من العلماء ان تجار اهل الذمة الذين لزمتهم بالاقرار في بلدهم الجزية
يجب ان يوخذ منهم مما يجلبونه من بلد الى بلد العشر الا ما يسوقونه الى المدينة خاصة
فيوخذ منهم نصف العشر ووافقه ابو حنيفة في وجوبه بالانتقال في التجارة او بالتجارة نفسها
وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر
الواجب عنده نصابا ولا حولا واما ابو حنيفة فاشترط له المسلمين نفس المذكور في كتاب
الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم النصاب والحول وعشر اصلا ولا نصف عشر
بنفس التجارة ولا في شيء محدود الا ما اصطلح عليه واشترط فعلى هذا فتكون
الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وابي حنيفة تكون جنسا
ثالثا من الجزية غير الصلحية وهي التي على الرقاب وسبب اختلافهم انه لم يات في
ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت ان عمر بن الخطاب
فعل ذلك بهم فمن رأى ان فعل عمر هذا انما فعله بامر كان عنده في ذلك من
رسول الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ان يكون ذلك سنتهم ومن رأى ان فعله هذا كان
على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكى
ابو عبيد في كتاب الاموال عن رجل من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر الا اسمه
قيل له لم كنتم تاخذون العشر من مشركي العرب فقال لانهم كانوا ياخذون منا العشر
اذا دخلنا اليهم قال الشافعي واقل ما يجب ان يشارطوا عليه هو ما وضع عمر رضي الله
عنه وان شورطوا على اكثر فحسن قال وحكم الحربي اذا دخل بامان حكم الذمي المسالة
السادسة واما فيما تصرف الجزية وهي المسالة السادسة فانهم اتفقوا على
انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفيء عند من رأى انه مصروف
الى اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم الفيء انما ينطلق على الجزية
في اية الفيء واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة اصناف صدقة وفيء
وغنيمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق ::

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الايمان

وهذا الكتاب ينقسم اولا الى جملتين الجملة الاولى
في معرفة ضروب الايمان واحكامها الجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة
للايمان اللازمة واحكامها الجملة الاولى وهذه الجملة فيها ثلاث فصول
الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة الثاني في معرفة
الايمان اللغوية والمنعقدة الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي
لا ترفعها الفصل الاول واتفق الجمهور على ان الاشياء منها ما يجوز في الشرع ان
يقسم به ومنها ما لا يجوز ان يقسم به واختلفوا اي الاشياء هي التي بهذه الصفة
فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله

عام وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة
هي الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التي باسمائه واختلفوا في الايمان التي
بصفاته وبافعاله وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الاشياء المعظمة
بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك ان الله قد اقسم في الكتاب باشياء
كثيرة مثل قوله تعالى والسماء والطارق والنجم اذا هوى الى غير ذلك من الاقسام
الواردة في القرءان وثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله ينهاكم ان تحلفوا
بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت فمن جمع بين الاثر والكتاب قال
ان الاشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى
وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هي الحلف بالله فقط
ومن جمع بينهما قال المقصود بالحديث انما هو الا يعظم من لم يعظمه الشرع بدليل
قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم وان هذا
من باب الخاص اريد به العام اجاز الحلف بكل معظم في الشرع فاذن سبب اختلافهم
هو اختلافهم في بناء الاية والحديث واما من منع الحلف بصفات الله وافعاله
فضعيف وسبب اختلافهم هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم
فيه بالاسم او يعدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جمود
كثير وهو اشبه بمذهب اهل الظاهر وان كان مرويا في المذهب حكاه اللخمي عن محمد
ابن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب
الفصل الثاني واتفقوا ايضا على ان الايمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله
تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان واختلفوا
فيما هو اللغو فذهب مالك وابو حنيفة الى انها اليمين على الشيء يظن الرجل

انه

239

انه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعي لغو اليمين
ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في اثناء المخاطبة لا والله
لا بالله مما يجري على الالسنة بالعادة من غير ان يعتقد لزومه وهذا القول رواه
مالك في الموطأ عن عائشة والقول الاول مروي عن الحسن ابن ابي الحسن وقتادة
ومجاهد وابراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو ان يحلف الرجل وهو غضبان
وبه قال اسماعيل القاضي من اصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية
وروي عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو ان يحلف الرجل ان لا ياكل او يشرب شيئا
مباحا له بالشرع والسبب في اختلافهم هو الاشتراك الذي في اسم اللغو وذلك ان
اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى والغوا فيه لعلكم تغلبون وقد يكون
الكلام الذي لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على ان اللغو في الاية هو هذا ان هذه
اليمين ضد اليمين المنعقدة وهي المؤكدة فوجب ان يكون الحكم المضاد للشيء
المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف في اغلاق او الحلف على ما يوجب الشرع
فيه شيئا بحسب ما يعتقد في ذلك قوم فانما ذهبوا الى ان اللغو ها هنا يدل على معنى
عرفي في اسم الشرع وهي الايمان التي بين الشرع في مواضع اخر سقوط حكمها مثل
ما روي انه لا طلاق في اغلاق وما اشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان اعني قول
مالك والشافعي الفصل الثالث وفي هذا الفصل اربع مسائل المسالة الفصل
الاولى اختلفوا في الايمان المنعقدة هل ترفع جميعها الكفارة سواء كان
حلفا على شيء ماض انه كان فلم يكن وهي التي تعرف باليمين الغموس وذلك اذا
تعمد الكذب او على شيء مستقبل انه يكون من قبل الحالف او من قبل من هو
بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس في اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة في الايمان
التي تكون في المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بذلك مالك وابو حنيفة
واحمد بن حنبل وقال الشافعي وجماعة تجب فيها الكفارة اي تسقط الكفارة الاثم

فيها كما تسقطه في غير الغموس وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للأثر وذلك
أن قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته الآية يوجب أن يكون في اليمين
الغموس كفارة لكونها من الأيمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق
امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس
فيها كفارة ولكن للشافعي أن يستثني من الأيمان الغموسية ما لا يقتطع بها حق
الغير فقد جمعت الظلم والحنث فوجب أن لا يكون الكفارة تهدم الأمرين جميعا وليس
يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لأن رفع الحنث بالكفارة إنما هو من باب التوبة
وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فإن تاب ورد المظلمة وكفر سقط
عنه جميع الإثم المسألة الثانية واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك
بالله أو يهودي أو نصراني إن فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال
مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه
الكفارة إذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضا وسبب اختلافهم
هو اختلافهم في هل يجوز اليمين بكل ما له حرمة أم ليس يجوز إلا بالله العلي العظيم
فقط ثم إن وقعت فهل تنعقد أم لا فمن رأى أن الأيمان المنعقدة أعني التي هي بصيغ
القسم إنما هي الأيمان الواقعة بالله عز وجل وبأسمائه قال لا كفارة فيها إذ ليست
يمينا ومن رأى أن الأيمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال فيها الكفارة
لأن الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك كما يجب التعظيم أن لا يترك
التعظيم فكما أن من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه
لزمه المسألة الثالثة واتفق الجمهور في الأيمان التي ليست أقساما بشيء وإنما
تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل إن فعلت كذا وكذا
فعلي مشي إلى بيت الله أو إن فعلت كذا فغلامي حر أو امرأتي طالق أنها تلزم
في القرب وفيما إذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق

واختلفوا

واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فمذهب مالك أنه لا كفارة فيها وأنه إن لم يفعل ما حلف
عليه أثم ولا بد وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وغيرهم إلى أن هذا الجنس من
الأيمان فيها كفارة إلا الطلاق والعتق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول
الشافعي مروي عن عائشة وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فمن قال
إنها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة
مساكين الآية ومن قال هي من جنس النذر أو من جنس الأشياء التي نص الشرع
على أنها إذا التزمها الإنسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية
لتسميتهم إياها أيمانا لكن لعلهم إنما سموها أيمانا على طريق التجوز والحق أنه ليس
يجب أن تسمى بحسب الدلالة اللغوية أيمانا فإن الأيمان في لغة العرب لها صيغ
مخصوصة وإنما تقع الأيمان بالأشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة
اليمين فأما هل تسمى أيمانا بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الأيمان ففيه
نظر وذلك أنه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال كفارة النذر كفارة يمين
وقال تعالى لم تحرم ما أحل الله لك إلى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فظاهر هذا
أنه قد سمى بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الإلزام دون شرط ولا يمين
يمينا فيجب أن يحمل على ذلك جميع الأقاويل التي تجري هذا المجرى إلا ما خصصه
الإجماع من ذلك مثل الطلاق وظاهر الحديث يعطي أن النذر ليس بيمين وأن حكمه
حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه ليس يلزم من مثل هذه الأقوال
أعني الخارجة مخرج الشرط إلا ما ألزمه الإجماع من ذلك وذلك أنها ليست بنذور فيلزم
فيها النذر ولا بأيمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال إن فعلت كذا
وكذا فعلي المشي إلى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف لو قال علي المشي إلى بيت الله

لأن هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه
فسبب الخلاف في هذه الأقاويل التي تخرج مخرج الشرط هل هي أيمان أو نذر أو ليست
أيمانا ولا نذرا فتأمل هذا فإنه بين إن شاء الله تعالى المسألة الرابعة اختلفوا في
قول القائل أقسم أو أشهد إن كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال فقيل إنه
ليس بيمين وهو أحد قولي الشافعي وقيل إنها أيمان ضد القول الأول وبه قال أبو حنيفة وقيل
إن أراد بها الله فهو يمين وإن لم يرد بها الله فليست بيمين وهو مذهب مالك وسبب
اختلافهم هل المراعى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية
فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين إذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ومن
اعتبر مفهوم اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بد وهو الله
تعالى ومن لم يعتبر هذين الأمرين واعتبر النية إذ كان اللفظ صالحا للأمرين فرق
في ذلك كما تقدم الجملة الثالثة وهذه الجملة تنقسم أولا قسمين القسم الأول النظر في
الاستثناء والثاني النظر في الكفارات القسم الأول من هذا القسم فصلان الفصل
الأول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين الفصل الثاني في تعريف الأيمان التي يؤثر
فيها الاستثناء بالجملة له تأثير في حل الأيمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي يجب له
هذا الحكم بعد أن أجمعوا أنه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط وهي أن يكون متناسقا مع
اليمين وملفوظا به ومقصودا من أول اليمين أنه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا
في هذه الثلاثة المواضع أعني إذا فرق الاستثناء من اليمين وإذا أتى به متناسقا
مع اليمين فأما المسألة الأولى وهي اشتراط اتصاله بالقسم فإن قوما اشترطوا
ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا بأس بينهما بالسكتة الخفيفة
كسكتة الرجل للتذكر أو للتنفس أو لانقطاع الصوت وقال قوم من التابعين لا بأس

يجوز

يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى أن له الاستثناء
أبدا على ما ذكر عنه متى ما ذكر وإنما اتفق الجميع على أن استثناء مشيئة الله في الأمر
المحلوف على فعله أو تركه راجع لليمين لأن الاستثناء هو رفع للزوم اليمين
قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال
إن شاء الله لم يحنث وإنما اختلفوا هل تؤثر فيها إذا لم توصل باليمين أو لا تؤثر
لاختلافهم هل هو حل للانعقاد أم هو مانع له فإذا قلنا إنه مانع للانعقاد لا حل له
اشترط أن يكون متصلا باليمين وإذا قلنا إنه حل لم يلزم فيه ذلك هل هو حال للانعقاد
والذين اتفقوا على أنه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد وقد احتج
من رأى أنه حال بالقرب بما رواه مسعر عن سماك بن حرب عن عكرمة عن ابن عباس
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لأغزون قريشا قالها ثلاث مرات ثم
سكت فقال إن شاء الله فدل هذا أن الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد
قالوا ومن الدليل على أنه [redacted] حال بالقرب أنه لو كان حالا بالبعد
على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوه بين وأما اشتراط
النطق باللسان فإنه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أي لفظ كان
من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو تقييد
المطلق وهذا هو المشهور وقيل إنما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف وهو
إلا فيما يدل عليه لفظ إلا وأخواته وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف إذا أضمر واحد
منها وهذه التفرقة ضعيفة والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة
بالنية فقط أو باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك دون
اللفظ وأما المسألة الثانية وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء

اليمين فقيل ايضا في المذهب انما تنفع اذا حركت متصلة بها اليمين وقيل اذا
حركت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء
من عدد واستثناء من عموم بتخصيص او من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد
لا ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين وسبب
اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد او حال له فان قلنا مانع فلا بد من اشتراط حدوث
النية في اول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد اكثر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية
في اول اليمين ولا اتفاق اجمع على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء الفصل
الثاني من القسم الاول وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من
التي لا تؤثر فيها فقال مالك واصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله
عندهم او النذر المطلق على ما سياتي واما الطلاق والعتاق فلا يخلو ان يعلق الاستثناء
في ذلك بمجرد الطلاق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمين
واما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله
فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب ان المشيئة غير مؤثرة فيه واما القسم الثاني وهو
اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان احدهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح
الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال ابو حنيفة والشافعي الاستثناء
يؤثر في ذلك كله سواء قرن بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط او بالقول الذي مخرجه مخرج
الخبر وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هو حال او مانع فاذا قلنا مانع وقرن
بلفظ مجرد الطلاق فلا تاثير له فيه اذ قد وقع الطلاق اعني اذا قال الرجل لزوجته
هي طالق لزوجته هي طالق ان شاء الله والمانع انما يعمل فيما يقع وهو المستقبل
وان قلنا انه حال للعقود وجب ان يكون له تاثير في الطلاق ان كان قد وقع فيتامل

هذا

هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق
قد وقع الا ان لا يعتقدوا ان الاستثناء هو مانع للحال وان اسم طالق لا يقع الا على
الماضي والحاضر ولذلك كان من حجة من يقول ان الاستثناء مؤثر ان طالق اسم
فاعل واسم الفاعل يقع للماضي والحال والمستقبل فاذا قصد بالاستثناء حمل
على انه انما اراد به المستقبل القسم الثالث والجملة الثانية وهذا القسم فيه
فصول ثلاثة قواعد الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه واحكامه الفصل
الثاني في رافع الحنث وهي الكفارة الفصل الثالث متى ترفع وكم ترفع الفصل الاول اتفقوا
على ان موجب الحنث هو المخالفة لما انعقد عليه اليمين وذلك اما فعل ما حلف
على ان لا يفعله واما ترك ما حلف على فعله اذا علم انه قد تراخى عن فعل ما حلف على
فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف
لياكلن هذا الرغيف فياكله غيره او الى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود
الفعل عنه وذلك في الفعل المشترط فعله في زمان محدود مثل ان يقول والله لافعلن
اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك في
اربعة مواضع احدها اذا اتى بالمخالفة ناسيا او مكرها والثاني هل يتعلق موجب
اليمين باقل ما ينطلق عليه الاسم او بجميعه والموضع الثالث هل يتعلق اليمين
بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ او بمفهومه المخصص او المعمم للصيغة وهل اليمين
على نية الحالف او المستحلف فاما المسالة الاولى فان مالكا يرى الساهي والمكره
بمنزلة العامد والشافعي يرى ان لا حنث على الساهي والمكره وسبب اختلافهم
معارضة عموم قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان ولم يفرق بين عامد وناس
لعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه
فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه واما الموضع الثاني مثل

أن يفعل لا يفعل شيئا ففعل بعضه أو أنه يفعل شيئا فلم يفعل بعضه فعند مالك أنه إذا
حلف ليأكلن هذا الرغيف فأكل بعضه لا يبرأ إلا بأكله كله وإذا قال لا آكل هذا الرغيف
أنه يحنث إن أكل بعضه وعند الشافعي وأبي حنيفة أنه لا يحنث في الوجهين جميعا حملا على
الأخذ بأكثر ما يدل على أصل واحد لأنه أبين في الترك بأقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في
الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكأنه ذهب إلى الاحتياط الذي من حيث هو عام لا يتبعض
وهو أحسن التأويلين وأما المسألة الثالثة فمثل أن يحلف على شيء بعينه يفهم
منه القصد إلى معنى أعم من ذلك الشيء الذي لفظ به أو أخص أو يحلف على شيء وينوي به
معنى أعم أو أخص أو يكون للشيء الذي حلف عليه اسمان أحدهما أعم من الآخر أو أحدهما
أخص من الآخر فأما إذا حلف على شيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وإن كان المفهوم منه
معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك أيضا فيما أحسب لا يعتبرون
بحمل الألفاظ بعضه وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن المعتبر عنده أولا في الأيمان التي
لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية فإن عدمت فقرينة الحال فإن عدمت فعرف اللفظ
فإن عدم فدلالة اللغة وقيل لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط وقيل يراعى
النية وبساط الحال ولا يراعى العرف وأما الأيمان التي يقضى بها على صاحبها وهي
الأيمان التي العامل فيها ظاهرة في العادة حتى تقرب من النص وإنه إن جاء الحالف مستفتيا
كان حكمه حكم اليمين التي لا يقضى بها من مراعاة هذه الأشياء فيها على هذا الترتيب وإن
كانت مما يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يشهد لما يدعي من النية المخالفة
لظاهر اللفظ قرينة الحال والعرف مثال ذلك إذا قال لامرأته أنت طالق وشهد عليه بذلك
فقال أردت بذلك انطلاقها من قيد كان بها وصح أنها كانت مقيدة في وقت لفظه بالطلاق
أما المسألة الرابعة فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى واختلفوا
في غير ذلك مثل الأيمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف
وثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه الصلاة والسلام

يمينك

يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف
فإنما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ وفي هذا الباب فروع كثيرة
لكن هذه المسائل الأربع هي أصول هذا الباب إذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا
الباب راجعا إلى الاختلاف في هذه وذلك في الأكثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل رؤوسا
فأكل رؤوس حيتان هل يحنث أم لا فمن راعى العرف قال لا يحنث ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق
على ما يتولد منه قال يحنث ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث ومن
راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل لحما فأكل شحما فمن اعتبر
دلالة اللفظ الحقيقي قال لا يحنث وبالجملة فاختلافهم في المسائل الفروعية التي في هذا الباب
هي راجعة إلى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة إلى اختلافهم في دلالة الألفاظ التي يحلف
بها وذلك أن منها ما هي مجملة ومنها ما هي ظاهرة ومنها ما هي نصوص الفصل الثاني واتفقوا
أن الكفارة في الأيمان هي الأربعة الأنواع التي ذكر الله تعالى في قوله فكفارته الآية وجمهورهم
على أن الحالف إذا حنث مخير بين الثلاثة منها أعني الإطعام والكسوة والعتق وأنه لا يجوز
الصيام إلا إذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام إلا ما روي عن ابن عمر
أنه كان إذا غلظ اليمين أعتق أو كسا وإذا لم يغلظها أطعم واختلفوا من ذلك في سبع
مسائل مشهورة المسألة الأولى في مقدار الإطعام لكل واحد من العشرة المساكين الثانية
في جنس الكسوة إذا اختار الكسوة وعددها الثالثة في اشتراط التتابع في الثلاثة الأيام
الرابعة في اشتراط العدد في المساكين الخامسة في اشتراط الإسلام فيهم والحرية السادسة
في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب فقال مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى
لكل مسكين مد من حنطة بمد النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن مالكا قال المد خاص بأهل المدينة
فقط لضيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم
يجزي المد في كل مدينة مثل قول الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطيهم نصف صاع
من حنطة أو صاعا من تمر أو شعير فإن غداهم وعشاهم أجزأه والسبب في اختلافهم

في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم هل المراد بذلك أكلة واحدة أو
غداء وعشاء فقال نصف صاع وفي اختلافهم سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر
متعمدا في رمضان وبين كفارة الأذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة
الأذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز في ذلك إدام أم لا وإن كان فما هو الوسط فقيل
وقيل يجزئ الخبز قفارا وقال ابن حبيب لا يجزئ وقيل الوسط من الإدام الزيت وقيل اللبن والسمن
والتمر واختلفوا أصحاب مالك من الأهل الذين أضاف إليهم الوسط في الطعام في قوله تعالى من أوسط
ما تطعمون أهليكم فقيل أهل المكفر وعلى هذا إنما تخرج الوسط من الشيء الذي منه
يعيش إن قمحا فقمحا وإن شعيرا فشعيرا وقيل بل هم أهل البلد وعلى هذا فالمعنى
في الآية هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين
يحمل قدر الوسط من أهل البلد لا من عيشه الأطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله
والوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهليهم إلا في المدينة خاصة وأما المسألة الثانية
وهي المجزئ من الكسوة فإن مالكا رأى أن الواجب في ذلك هو أن يكسى ما تجزئ فيه الصلاة
فإن كسى الرجل كسى ثوبا وإن كسى النساء كساهن ثوبين درعا وخمارا وقال
الشافعي وأبو حنيفة يجزئ في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم إزار أو قميص أو سراويل أو
عمامة وقال أبو يوسف لا تجزئ العمامة ولا السراويل وسبب اختلافهم هل الواجب
الأخذ بأقل دلالة الاسم اللغوي أو المعنى الشرعي وأما المسألة الثالثة وهي اختلافهم
في اشتراط تتابع الأيام الثلاثة فإن مالكا والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وإن
كانا استحسناه واشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك شيئان
أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف وذلك أن في قراءة ابن مسعود
فصيام ثلاثة أيام متتابعات والسبب الثاني في اختلافهم هل يحمل الأمر بمطلق الصوم
على التتابع أم ليس يحمل إذا كان الأصل في الصيام الواجب بالشرع إنما هو التتابع وأما
المسألة الرابعة وهي اشتراط العدد في المساكين فإن مالكا والشافعي

قالا لا

قالا لا يجزئه إلا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة إن أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام
جاز والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو واجب على المكفر فقط بالعدد
المذكور فإن قلنا حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وإن قلنا حق واجب على المكفر
لكنه قدر بالعدد أجزأ أن يطعم ذلك الطعام مسكينا واحدا على عدد المذكور والمسألة محتملة وأما المسألة
الخامسة وهي اشتراط الإسلام والحرية في المساكين فإن مالكا والشافعي اشترطاهما ولم
يشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط أو بالإسلام
والفقر إذ كان السمع قد أنبأ أنه يثاب بالصدقة على الفقير غير المسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة
الواجبة للمسلمين اشترط الإسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات
التي تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين وأما سبب اختلافهم في العبيد فهو هل يتصور
وجود الفقر فيهم أم لا إذ كانوا مكفيين من سادتهم في غالب الأحوال أو ممن يجب أن يكفى
فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والأحرار سواء إذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده
ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى
بذلك عليه وإن كان معسرا قضي عليه ببيعه فليس يحتاجون إلى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها
من الصدقات وأما المسألة السادسة وهي هل شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب
فإن فقهاء الأمصار اشترطوا ذلك أعني العيوب المؤثرة في الأثمان وقال أهل الظاهر ليس
ذلك من شرطها وسبب اختلافهم هو هل الواجب الأخذ بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بأتم ما يدل
عليه وأما المسألة السابعة وهي اشتراط الإيمان في الرقبة أيضا فإن مالكا والشافعي
اشترطا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة وسبب اختلافهم هل يحمل المطلق
على المقيد في الأشياء التي تتفق في الأحكام وتختلف في الأسباب كحال هذه الكفارة مع
كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد في ذلك قال باشتراط الإيمان في ذلك حملا
على اشتراط ذلك في كفارة الظهار في قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ومن قال لا يحمل وجب
عنده أن يبقى موجب اللفظ على إطلاقه الفصل الثالث

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فإنهم اختلفوا في ذلك فقال الشافعي إذا كفر قبل
الحنث أو بعده فقد ارتفع الإثم وقال أبو حنيفة لا يرتفع الحنث إلا بالتكفير الذي يكون
بعد الحنث لا قبل وروي عن مالك في ذلك القولان جميعا وسبب اختلافهم شيئان أحدهما
اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها
فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه فإن قوما رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه
وليأت الذي هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية
أنها بعد الحنث والسبب الثاني اختلافهم في هل يجزئ تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه
لأنه من الظاهر أن الكفارة إنما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل أن يقول إن الكفارة
إنما تجب بإرادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة
وكأن سبب الخلاف ما هو المعنى هل الكفارة رافعة للحنث إذا وقع أو مانعة له فمن
قال مانعة له أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها إلا بعد وقوعه وأما
تعدد الكفارات بتعدد الأيمان فإنهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى
بيمين واحدة أن كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك الخلاف بينهم فيما أحسب إذا حلف
بأيمان شتى على شيء واحد أن الكفارات الواجبة في ذلك بعدد الأيمان كالحالف إذا حلف
بأيمان شتى على أشياء شتى واختلفوا إذا هو حلف على شيء واحد بعينه مرارا
أكثر من واحدة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة إلا أن
يريد التأكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة إلا أن يريد التغليظ وسبب
اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الأيمان بالجنس أو بالعدد فمن قال اختلافها
بالعدد قال لكل يمين كفارة إذا كرر ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه اليمين
يمين واحدة واختلفوا إذا حلف في يمين واحدة بأكثر من صفتين من صفات
الله هل تتعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة
فقال مالك في هذه اليمين كفارة متعددة بتعدد الصفات فمن حلف

بالسميع

بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم إن أراد الكلام الأول وجاء
بذلك على أنه قول واحد ففيه كفارة واحدة إذا كانت يمينا واحدة والسبب في اختلافهم
هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هي راجعة إلى صيغة القول أو إلى تعدد الأشياء
التي يشتمل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين واحدة فمن اعتبر الصيغة قال كفارة
واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الأشياء التي يمكن أن يقسم بكل واحد
منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعددها وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب
وسبب الاختلاف في ذلك والله الموفق للصواب كمل كتاب الأيمان بحمد الله وحسن
عونه وتوفيقه

كتاب النذور

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول الأول في أصناف
النذور الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وبالجملة أحكامها الفصل
الثالث في معرفة الشيء الذي يلزم عنها وأحكامه الفصل الأول والنذر ينقسم أولا
قسمين قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الأشياء التي تنذر فأما من جهة الأشياء
تنذر فأما من جهة اللفظ فإنه ضربان مطلق وهو المخرج مخرج الخبر ومقيد وهو المخرج
مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشيء المنذور به وغير مصرح فالأول
مثل قول القائل لله علي نذر أن أحج والثاني غير المصرح مثل قوله لله علي نذر دون أن يصرح
بمخرج النذر والأول منه ما صرح فيه بلفظ النذر ومنه ما لم يصرح فيه مثل أن يقول لله علي
أن أحج وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل إن كان كذا فلله علي نذر كذا
أو أن أفعل كذا وهذا منه ما علقه بفعل إن كان كذا فلله علي نذر كذا أو أن أفعل كذا
وهذا منه ما علقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول إن شفى الله مريضي فعلي نذر
كذا وكذا ومنه ما علقه بفعل نفسه مثل أن يقول إن فعلت كذا فعلي كذا وكذا نذرا وهذا
هو الذي يسميه الفقهاء أيمانا وقد تقدم قوم أنها ليست بأيمان فجمهورهم على أصناف
النذر من جهة الصيغ وأما أصنافه من جهة الأشياء المنذور بها فإنها

من جنس القرب ونذر باشياء من جنس المعاصي

تنقسم الى اربعة اقسام نذر باشياء من جنس المكروهات ونذر باشياء من جنس المباحات
وهذه الاربعة تنقسم قسمين نذر بتركها ونذر بفعلها الفصل الثاني واما ما يلزم
من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب الا ما حكي عن
بعض اصحاب الشافعي ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان
على وجه الرضى لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر وصرح بالمنذور واختلفوا
فيه اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشيء المنذور او كان غير مصرح وكذلك
اجمعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذرا بقربة وانما صاروا لوجوب النذر صاروا
بعموم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود لان الله تعالى قد مدح به فقال يوفون
بالنذر واخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال ومنهم من عاهد الله لئن اتانا من فضله
الاية الى قوله وبما كانوا يكذبون والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر المطلق
هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معا او بالنية فقط فمن قال بهما معا
قال اذا قال لله علي كذا وكذا ولم يقل نذرا لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء لم يوجبه
الله عليه الا ان يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد
النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك اعني انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم
وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن راى ان حذف لفظ النذر
من القول غير معتبر اذا كان المقصود بالاقاويل التي مخرجها مخرج النذر وان لم يصرح
فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه
ان يكون من لم ير لزوم النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل الامر بالوفاء
على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضى فانما اشترطه لان القربة انما تكون على
جهة الرضى لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي واما مالك فالنذر عنده لازم على
اي جهة وقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ واما ما اختلفوا في لزومه

من جهة

من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتان المسالة الاولى اختلفوا
فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجمهور العلماء ليس يلزمه في ذلك شيء وقال
ابو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل
المعصية وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الاثار في هذا الباب وذلك انه روي في هذا الباب
حديثان احدهما حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من نذر ان يطيع الله
فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم في النذر بالعصيان و
الحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث ابي هريرة الثابت عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن
جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثاني
تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وابي هريرة
قال ليس يلزم في المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب في ذلك كفارة
يمين قال ابو عمر بن عبد البر ضعف اهل الحديث حديث عمران وابي هريرة قالوا لان حديث
ابي هريرة يدور على سليمان ابن ارقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين
يدور على زهير بن محمد عن ابيه وابوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير ايضا عنده مناكير
ولكن خرجه مسلم من حديث عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية ان يحتجوا لمالك في هذه
المسالة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال
هذا قالوا نذر ان لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
مروه فليتكلم وليستظل وليجلس وليتم صيامه قالوا فامره ان يتم ما كان لله طاعة
ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد اخبر الله انه نذر مريم
وكذلك يشبه ان يكون القيام للشمس ليس معصية الا ما يتعلق بذلك من جهة تعب
النفس والجسم فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص والاصل فيه انه من المباحات

المسألة الثانية واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئا من المباحات فقال مالك
لا يلزم ما عدا الزوجة وقال اهل الظاهر ليس في ذلك شيء وقال ابو حنيفة في ذلك كفارة
يمين وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم
ما احل الله لك وذلك ان النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي اعني من تحريم
محلل او تحريم محرم وذلك ان التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب لمكان هذا المفهوم
ان من حرم على نفسه شيئا اباحه له الشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم ان نذر تحليل شيء حرمه
الشرع وظاهر قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم اثر العتب على التحريم
يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العقد واذا كان ذلك كذلك فهو عقد لازم والتي في
الاولى تناولت التحريم المذكور في الاية انه ان كان العقد يمينا وقد اختلف في الشيء
الذي نزلت فيه الاية وفي كتاب مسلم ان ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس
انه قال اذا حرم الرجل امرأته فهو يمين يكفرها وقال وانما صار الجمهور لوجوب كفارة
اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر انه عليه الصلاة والسلام قال كفارة
النذر كفارة يمين اخرجه مسلم واول ما قال صيام يوم ويوميا او صلاة ركعتين لقد
كان لكم في رسول الله اسوة حسنة وقول ابن عباس يدل على انه كان في احد نسائه
والله اعلم وقيل انها نزلت في مارية القبطية الفصل الثالث واما اختلافهم
فيما يلزم في نذر من نذر قدرا من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيرا
لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي يتعلق اكثر
ذلك بالنطق الشرعي على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمسة المسألة
الاولى اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيئا سوى ان يقول
لله علي نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة
الظهار وقال قوم اقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم او صلاة ركعتين

وانما

وانما ذهب من ذهب من هؤلاء الى ان الجزاء اقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة
ركعتين او صيام يومين اقل ما ينطلق عليه اسم النذر واما من قال فيه
كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع المسألة الثانية اتفقوا
على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله اعني اذا نذر المشي راجلا واختلفوا اذا عجز
في بعض الطريق ماذا عليه فقال قوم لا شيء عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيما
ذا عليه على ثلاثة اقوال فذهب اهل المدينة الى ان عليه ان يمشي مرة اخرى
من حيث عجز وان شاء ركب واجزاه وعليه دم وهذا مروي عن علي وقال اهل
مكة عليه هدي دون اعادة المشي وقال مالك عليه الامران جميعا يعني انه
يرجع فيمشي من حيث ركب وعليه هدي والهدي عنده بدنة او بقرة او شاة
ان لم يجد بدنة او بقرة وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسألة
ومخالفة الاثر لها وذلك ان من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمتمتع
والقارن من اجل ان القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا
فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدي القارن او المتمتع
ومن شبهه بسائر الافعال التي تنوب عنها في الحج اراقة الدم قال فيه دم ومن
اخذ بالاثار الواردة في هذا الباب اذا عجز فلا شيء عليه قال ابو عمر والسنن
الثابتة في هذا الباب اذا عجز فلا شيء عليه قال ابو عمر دليل على طرح المشقة
وهو كما قال واحدها حديث عقبة بن عامر الجهني قال نذرت اختي ان تمشي
الى بيت الله عز وجل فامرتني ان استفتي لها رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاستفتيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب
خرجه مسلم وحديث انس بن مالك ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه فسأل عنه فقالوا نذر ان يمشي فقال عليه
الصلاة والسلام ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وامره ان يركب وهذا ايضا ثابت
المسألة الثالثة واختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج وعمرة فيمن نذر
المشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم او الى بيت المقدس يريد بذلك
الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال ابو حنيفة لا يلزمه
شيء وحيث صلى اجزاه وكذلك عنده ان نذر الصلاة في المسجد الحرام وانما
وجب عنده المشي بالنذر الى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال ابو يوسف
صاحبه من نذر ان يصلي في بيت المقدس او مسجد النبي صلى الله عليه وسلم لزمه
وان صلى في البيت الحرام اجزاه عن ذلك واكثر الناس على ان النذر لما سوى هذه
المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله صلى الله عليه وسلم لا تشد الرحال الا لثلاث
فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى ان النذر الى
المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس
المرأة التي نذرت ان تمشي الى بيت قباء فماتت فافتى ولدها ان يمشي عنها
وسبب اختلافهم في النذر الى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي
اليه تشد الرحال الى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع الفرض اعني
فيما عدا البيت الحرام او لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان
الفرض عنده النذر اذ كان واجبا بالشرع ولا النفل اذ كان النفل في بيت الرجل
افضل من النفل في المسجد قال النذر بالمشي الى هذين المسجدين غير لازم ومن
كان عنده ان النذر قد يكون في الواجب وانه ايضا قد يقصد هذان المسجدان لموضع
صلاة النفل لقوله صلى الله عليه وسلم في مسجدي هذا افضل من الف صلاة

فيما سواه

فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب
لكن ابو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيرا الى الجمع بينه وبين قوله
عليه الصلاة والسلام صلاة احدكم في بيته افضل من صلاته في مسجدي هذا
الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين الحديثين ومن نذر المشي الى هذين
المسجدين فليس واجبا لقوله صلى الله عليه وسلم لا تشد الرحال الا لثلاثة
الحديث لان المشي على القدم من جنس الركوب فلا حرج ان يتقرب بالمشي وهذه المسألة
هي ان تكون من الباب الثاني احق ان تكون من هذا الباب المسألة الرابعة واختلفوا
في الواجب على من نذر ان ينحر ابنه في مقام ابراهيم فقال مالك ينحر جزورا فداء وقال
ابو حنيفة ينحر شاة وهذا ايضا مروي عن ابن عباس وقال بعضهم يهدي ديته
وروي ذلك عن علي وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث وقال ابو يوسف والشافعي
لا شيء عليه لانه نذر معصية اعني نقل ما تقرب به ابراهيم هو لازم للمسلمين
او ليس بلازم فمن راى ان ذلك شرع خاص بابراهيم قال لا يلزم النذر ومن راى انه
لازم لنا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق لهذا
خلاف آخر وهو ان الظاهر من هذا الفعل انه كان خاصا بابراهيم ولم يكن
شرعا لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي ان يختلف هل هو شرع لنا او ليس
بشرع والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم
ايضا فهل يحمل الواجب في ذلك على الواجب على ابراهيم او يحمل على غير ذلك من
القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديته واما حج به واما هدي بدنة واما
الذين قالوا مائة من الابل فانما ذهبوا الى حديث عبد المطلب المسألة

الخامسة واتفقوا على ان من نذر ان يجعل ماله كله في سبيل البر انه يلزمه وانه ترجعه
الكفارة وذلك اذا كان نذرا على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو الذي يسمونه
يمينا واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل ان يقول مالي للمساكين
ان فعلت كذا فيفعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب
مالك في النذر الذي صيغته هذه الصيغة اعني انه لا كفارة فيها وقال قوم الواجب في ذلك
كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط لانه
الحقها بحكم الايمان واما مالك فالحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا في كتاب
الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوه اختلفوا في الواجب
عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله
وبه قال ابراهيم النخعي وزفر وقال ابو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تجب
الزكاة فيها وقال بعضهم ان اخرج مثل زكوة ماله اجزاه وفي المسألة
قول خامس وهو ان كان المال كثيرا اخرج خمسه وان كان وسطا اخرج سبعه وان
كان يسيرا اخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بالفين والوسط بالف والقليل
بخمسمائة وذلك مروي عن قتادة والسبب في اختلافهم في هذه المسألة اعني من قال
المال كله او ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للاثر وذلك ان ما جاء في حديث ابي لبابة
بن عبد الرحمن بن المنذر حين تاب الله عليه واراد ان يتصدق بجميع ماله فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث فهو نص في مذهب مالك
واما الاصل فيوجب ان اللازم انما هو جميع ماله على سائر النذر اعني
انه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه

المسألة

249

المسألة من هذه القاعدة اذ قد استثناها النص الا ان مالكا لم يلزم في هذه المسألة
اصله وذلك انه قال ان حلف او نذر شيئا معينا لزمه وان كان كل ماله وكذلك مخالفة
لنص ما رواه في حديث ابي لبابة وفي قوله صلى الله عليه وسلم للذي جاءه بمثل بيضة
من ذهب فقال اصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما املك غيرها فاعرض عنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم خلفه فاخذها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقذفه بها فلو اصابه بها لاوجعه وقال عليه السلام
يأتي احدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان
عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم في المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل
مالكا لم يصح عنده هذا الاثر واما سائر الاقاويل التي قيلت في هذه المسألة
فضعيفة وبخاصة من حد في ذلك غير الثلث وهذا القدر كاف في اصول هذا الكتاب
تم كتاب النذور بحمد الله وحسن عونه

كتاب الضحايا

وهذا الكتاب في اصوله اربعة ابواب الباب الاول في حكم الضحايا ومن
المخاطب بها الباب الثاني في انواع الضحايا وصفتها واسنانها وعددها
الباب الثالث في احكام الذبح الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا الباب الاول اختلف
العلماء في الاضحية هل هي واجبة ام سنة فذهب مالك والشافعي الى انها من السنن
المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها بمنى ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج
وغيره وقال ابو حنيفة الاضحية واجبة على المقيمين في الامصار الموسرين
ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا انها
ليست بواجبة وروي عن مالك مثل قول ابي حنيفة وسبب اختلافهم شيئان
احدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب او على الندب وذلك

انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الاضحية قط فيما روي عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث
ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحيته ثم قال يا ثوبان اصلح لحم
هذه الاضحية قال فلم ازل اطعمه منها حتى قدم المدينة والسبب الثاني اختلافهم
في مفهوم الاحاديث الواردة في احكام الضحايا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام
من حديث ام سلمة انه قال اذا دخل العشر الاول فاراد احدكم ان يضحي فلا ياخذ من شعره
شيئا ولا من اظفاره قالوا فقوله اذا اراد احدكم فيه دليل على ان الاضحية
ليست بواجبة ولما امر عليه الصلاة والسلام ابا بردة بن نيار باعادة الاضحية
اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس الا وجوب قال
عكرمة بعثني ابن عباس بدرهمين اشتري بهما لحما وقال من لقيت فقل له
هذه ضحية ابن عباس وروي عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد
في الغرض الذي يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذي
يريد التضحية ان لا ياخذ في العشر الاول من شعره واظفاره والحديث بذلك
ثابت الباب الثاني وفي هذا الباب اربع مسائل مشهورة احداها
في تمييز الجنس والثانية في تمييز الصفات والثالثة في معرفة السن والرابعة
في العدد المسألة الاولى اجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام
واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل في الضحايا
الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده في الهدايا وقد قيل عنه الابل
ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان وذهب الشافعي الى عكس
ما ذهب اليه مالك في الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وسبب اختلافهم
معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى

الابكبش

الا بكبش فكان ذلك دليلا على ان الكباش في الضحايا افضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفي
البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يذبح وينحر بالمصلى واما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان يكون
الافضل فيها الافضل في الهدايا وقد احتج الشافعي لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة
والسلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما
قرب بقرة ومن راح في الثالثة فكانما قرب كبشا الحديث فكان الواجب حمل هذا
على جميع القرب بالحيوان واما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض الفعل
القول وهو الاولى وقد يمكن ان يكون سبب اختلافهم سبب اخر وهو هل الذبح الذي امر به
ابراهيم سنة باقية وانه الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الاخرين فمن ذهب
الى هذا قال الكباش افضل ومن راى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل
على ان الكباش افضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامور
واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعي وكلهم مجمعون على انه لا تجوز
الضحية بغير بهيمة الانعام الا ما حكي عن الحسن بن صالح انه تجوز الضحية ببقرة
الوحش عن سبعة والظبي عن واحد المسألة الثانية اجمع العلماء على اجتناب
العرجاء البين عرجها في الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي مصيرا
لحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا
فاشار بيده وقال اربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدي اقصر من يد رسول الله
صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين
مرضها والعجفاء التي لا تنقي وكذلك اجمعوا على ان ما كان من هذه الاربع خفيفا
فلا تاثير له في منع الاجزاء واختلفوا في موضعين احدهما فيما كان من

العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وقطع اللسان والثاني فيما كان مساويا لها في إفادة النقص وشبيها أعني ما كان من العيوب في الأذن والعين والذنب والضرس وغير ذلك من الأعضاء ولم يكن يسيرا فأما الموضع الأول فإن الجمهور على أن ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي أحرى أن تمنع الإجزاء وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يمنع الإجزاء ولا يستحب بالجملة اجتناب ما هو أشد من هذه العيوب التي وقع النص عليها وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص أو خاص أريد به العموم فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال لا يمنع الإجزاء إلا هذه الأربعة فقط ومن قال خاص أريد به العموم وذلك من النوع الذي يقع فيه التنبيه بالأدنى على الأعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهو أحرى أن لا يجزئ وأما الموضع الثاني أعني فيما كان من العيوب في سائر الأعضاء مساويا للنقص على نحو إفادة هذه العيوب المنصوص عليها له فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يمنع الإجزاء وإن كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة البغداديين من أصحاب مالك والقول الثاني أنه يمنع الإجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثالث أنها لا تمنع الإجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلافهم في مفهوم الحديث المتقدم والثاني تعارض الآثار في هذا الباب أما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الأربع مما هو مثلها وما هو أكثر منها وأما من رآه من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده أنه من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوي على المساوي قال يلحق بهذه الأربع ما كان أشد منها ولا يلحق بها ما كان مساويا لها في منع الإجزاء إلا على وجه الاستحباب

ومن كان

ومن كان عنده أنه من باب التنبيه على الأمرين جميعا أعني على ما هو أشد من المنطوق أو مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة بالعيوب المنصوص عليها الإجزاء كما تمنعه العيوب التي هي أكثر منها فهذا هو أحد أسباب الخلاف في هذه المسألة وهو قبل أن يكون اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم إن فهم منه العام فأي عام هو هل الذي هو أكثر من ذلك أو الذي هو أكثر والمساوي معا على المشهور من مذهب مالك وأما السبب الثاني فإنه ورد في هذا الباب من الأحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائي عن أبي بردة أنه قال يا رسول الله أكره النقص يكون في القرن والأذن فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك وذكر عن علي ابن أبي طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن ولا نضحي بشرقاء ولا خرقاء ولا مقابلة ولا مدابرة وفي بعض رواياته بدل ولا بتراء ولا مقابلة والشرقاء المشقوقة الأذن والخرقاء المثقوبة الأذن والمدابرة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فمن رجح حديث أبي بردة قال لا تتقى إلا العيوب الأربعة أو ما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث أبي بردة على اليسير الذي هو غير بين وحديث علي على الكثير الذي هو بين ألحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساو لها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب إلى التحديد فيما يمنع الإجزاء مما يذهب بيّن من هذه الأعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الأذن والذنب وبعضهم اعتبر الأكثر وكذلك الأمر في ذهاب الأسنان وأطباء الثدي وأما القرن فإن مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيبا إلا أن يكون يدمى فإنه عنده من باب المرض ولا خلاف في أن المرض البين يمنع الإجزاء وخرج أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أعضب الأذن والقرن واختلفوا في السكاء وهي التي خلقت بلا أذنين فذهب مالك والشافعي إلى أنها لا تجوز

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا كان خلقة جاز كالأصم ولم يختلف الجمهور أن قطع الأذن
كلها أو أكثرها عيب وكل هذا الاختلاف راجع إلى ما قدمنا واختلفوا في الأبتر فقوم أجازوه
لحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرظة عن أبي سعيد الخدري أنه قال اشتريت كبشا لأضحي به
فأكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند أكثر
المحدثين لا يحتج به وقوم أيضا منعوه لحديث علي المتقدم وأما المسألة الثالثة وهي معرفة
السن المشترطة في الضحايا فإنهم أجمعوا على أنه لا يجوز الجذع من المعز بل الثني فما فوقه
لقوله عليه الصلاة والسلام لأبي بردة لما أمره بالإعادة تجزيك ولا تجزي جذعة عن أحد غيرك
واختلفوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثني من الضأن وسبب
اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه
مسلم والعموم هو ما جاء في حديث أبي بردة بن نيار خرجه مسلم قوله عليه الصلاة والسلام
ولا تجزي جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبي محمد بن حزم
في هذه المسألة لأنه زعم أن أبا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم من ليس
يحدث بالعنعنة من قبول المسند لتسامحه في ذلك وحديث أبي بردة لا مطعن فيه وأما من
ذهب إلى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الأصوليين فإنه استثنى
من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليه وهو الأولى وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن
بعزو وحكا أبا محمد بن حزم وفيما نسب إلى أبي الزبير في غالب ظني في قول لم يرد فيه
على ابن حزم وأما المسألة الرابعة وهو عدد ما يجزي من الضحايا عن المضحين فإنهم
اختلفوا في ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدنة مضحيا

عن نفسه

عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز
الشافعي وأبو حنيفة وجماعة أن ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحيا
أو مهديا وأجمعوا على أن الكبش لا يجزي إلا عن واحد إلا ما رواه مالك من أنه يجزي أن يذبحه
الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على جهة الشركة بل إذا اشتراه مفردا وذلك لما
روي عن عائشة أنها قالت كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا
ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك أبو حنيفة والثوري على وجه
الكراهة لا على وجه عدم الإجزاء وسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للقياس المبني
على الأثر الوارد في الهدايا وذلك أن الأصل هو أن لا يجزي إلا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا
على منع الاشتراك في الضأن وإنما قلنا إن الأصل هو أن لا يجزي إلا واحد عن واحد لأن الأمر
بالتضحية لا يتبعض إذ كان من له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح إلا أن قام الدليل
الشرعي على ذلك وأما الأثر الذي انبنى عليه القياس المعارض لهذا الأصل فما روي عن
جابر أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة
والبقرة عن سبعة وفي بعض روايات الحديث سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة
عن سبعة والبقرة عن سبعة فقاس الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا
وأما مالك فرجح الأصل على القياس المبني على هذا الأثر لأنه اعتل لحديث جابر بأن ذلك كان حين
صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدي المحصر بعدو ليس هو عنده
واجبا وإنما هو تطوع وهدي التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز في الهدي الواجب لكن
على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدي وروى عنه ابن القاسم أنه
لا يجوز الاشتراك لا في هدي تطوع ولا وجوب وهذا كأنه رد للحديث لمكان مخالفته الأصل في
ذلك وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة وإن كان قد روي من حديث

رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة قال الطحاوي واجماعهم
على انه لا يجوز ان يشترك في النسك اكثر من سبعة دليل على ان الآثار في ذلك غير
صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل اهل بيته في اضحيته او هديه لما رواه
عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل بيته الا بدنة واحدة
او بقرة واحدة وانما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى اعني في التشريك لان الاجماع
انعقد على منع التشريك في الاجانب فوجب ان يكون الاقارب في ذلك بقياس الضحايا
على الهدايا في الحديث الذي احتج به اعني حديث ابن شهاب فاختلافهم في هذه المسألة
اذن راجع الى تعارض الاقيسة في هذا الباب اعني اما الحاق الاقارب بالاجانب او
قياس الضحايا على الهدايا

الباب الثالث

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا
النظر في الوقت والذبح اما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتدائه وانتهائه
وفي الليل المتخلل له فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلوة لا يجوز
لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فانما هي شاة لحم وامره
بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله اول ما نبدا به في يومنا هذا هو ان نصلي ثم ننحر
الى غير ذلك من الآثار الثابتة في هذا المعنى واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الامام وبعد
الصلاة فذهب مالك الى انه لا يجوز لاحد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال ابو حنيفة
والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام وسبب اختلافهم اختلاف الآثار
في هذا الباب وذلك انه جاء في بعضها ان النبي صلى الله عليه وسلم امر ان يعيد الذبح
من ذبح قبل الصلاة وفي بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج الحديث
الذي فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط الذبح في جواز الذبح ومن
جعل ذلك موطنا واحدا قال انما يعتبر في جواز الذبح بعد الصلاة فقط وقد اختلفت

الرواية

الرواية في حديث ابي بردة بن نيار وذلك ان بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فامره
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله
صلى الله عليه وسلم فامره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فيحمل قول الراوي انه ذبح
قبل الصلاة على موطن واحد وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فهو ذابح قبل رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما
جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث انس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك
ان تاصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية
ان الذبح بعد الصلاة يجزئ لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق بصحة الذبح لم
يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث انس هذا
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا
من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من اهل القرى فقال مالك
يتحرى ذبح اقرب الائمة اليهم وقال الشافعي يتحرى قدر الصلاة والخطبة ويذبح وقال
ابو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر اجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف
اصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلى فقال مالك يتحرى ذبحه بعد انصرافه
وقال قوم ليس يجب ذلك واما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من ايام
النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده
وبه قال ابو حنيفة واحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى اربعة ايام يوم النحر
وثلاثة بعده وروي عن جماعة انهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل
الذبح الى آخر يوم من ذي الحجة وهو شاذ لا دليل عليه كل هذه الاقاويل مروية
عن السلف وسبب اختلافهم شيئان احدهما اختلافهم في الايام المعلومات ما هي في قوله
تعالى ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في ايام معلومات على ما رزقهم من

بهيمة الأنعام وقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الأول من ذي الحجة
وسبب الخلاف معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك أنه ورد
فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل فجاج مكة منحر وكل أيام التشريق ذبح فمن قال في الأيام
المعلومات أنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الأيام رجح دليل الخطاب فيها على
الحديث المذكور قال لا نحر إلا في هذه الأيام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة
بينهما إذ الحديث اقتضى حكما زائدا على ما في الآية مع أن الآية ليس المقصود منها تحديد
أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع إذا كان باتفاق من
أيام التشريق ولا خلاف بينهم أن الأيام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد
يوم النحر إلا ما روي عن سعيد بن جبير أنه قال يوم النحر من أيام التشريق وإنما اختلفوا
في الأيام المعلومات على القولين المتقدمين وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على أن
المعلومات هي العشر الأول وإذا كان الإجماع قد انعقد أنه لا يجوز الذبح منها إلا في اليوم
العاشر وهي على الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح إنما هو يوم النحر فقط
وأما المسألة الثالثة وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر فذهب مالك
في المشهور عنه أنه لا يجوز الذبح في ليالي أيام النحر وذهب الشافعي وجماعة إلى جواز ذلك
وسبب اختلافهم في هذه الاشتراك في اسم اليوم وذلك أن مرة قد تطلقه العرب
على اليوم والليلة مثل قوله تعالى فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام ومرة تطلقه على الأيام
دون الليالي مثل قوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام فمن جعل اسم اليوم
يتناول الليل في قوله تعالى ليذكروا اسم الله في أيام معلومات قال يجوز الذبح والنحر
بالليل والنهار في هذه الأيام ومن قال ليس يتناول اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز
الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثاني ويشبه أن يقال
أنه أظهر في النهار منه في الليل لكن إن سلمنا أن دلالته في الآية هي على النهار فقط لم يمنع

الذبح بالليل إلا بنحو ضعيف من أنحاء دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم
وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى أنهم قالوا إنه لم يقل به أحد من
المتكلمين إلا الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه
بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل وأما الذابح فإن العلماء استحبوا أن يكون المضحي هو الذي
يلي ذبح أضحيته بيده واتفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل يجوز واختلفوا
هل تجوز الضحية إن ذبحها غيره بغير إذنه فقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا
أو ولدا أو أجنبيا يعني أنه يجوز إن كان صديقا أو ولدا ولم يختلف المذهب فيما أحسب أنه إن كان
أجنبيا أنها لا تجوز. الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا واتفقوا على أن المضحي
مأمور أن يأكل من أضحيته ويتصدق لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقوله
فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا كلوا وتصدقوا
وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالأكل والصدقة معا أم هو مخير بين أن يفعل
أحد الأمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها أثلاثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة
وثلثا للأكل لقوله صلى الله عليه وسلم كلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب
في الأكل أنه ليس بواجب في المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون
تجزئة الضحايا إلى الثلاثة الأقسام التي تضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما
علمت أنه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا في جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع
به فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير
أي بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شيء دراهم أو غير ذلك وإنما فرق أبو حنيفة بين
الدراهم وغيرها لأنه رأى أن المعاوضة بالعروض هي من باب الانتفاع لإجماعهم
على أنه يجوز أن ينتفع به. كتاب الذبائح والقول المحيط بقواعد
هذا الباب ينحصر في أربعة أبواب. الباب الأول في معرفة محل الذبح والنحر

وهو المذبوح والمنحور الباب الثاني يكون بمعرفة الذبح والنحر الباب الثالث في
معرفة الآلة التي يكون بها الذبح والنحر الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة الباب
الخامس في معرفة الذابح والناحر والأصول هي الأربعة والشروط يمكن أن تدخل في الأربعة
الأبواب والأسهل في التقسيم أن نجعل بابا على حدته الباب الأول والحيوان في اشتراط الذكاة
في أكله على قسمين حيوان لا يحل إلا بذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذا ما اتفقوا عليه
ومنه ما اختلفوا فيه واتفقوا على أن الحيوان الذي يعمل فيه الذبح هو الحيوان البري
ذو الدم الذي ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل وميؤوس منه بوقذة أو نطح أو تردٍّ أو افتراس
سبع أو مرض وأن الحيوان البحري ليس يحتاج إلى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس بدمي
مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا وفي الحيوان البري الذي يكون تارة في البحر
وتارة في البر مثل السلحفاة وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الأصناف التي نص
عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما لا يحل أكله أعني في تحليل الانتفاع بجلودها
وسلب النجاسة عنها ففي هذا الباب إذاً ست مسائل أصول المسألة الأولى في تأثير
الذكاة في الأصناف الأربعة التي نص عليها في الآية إذا أدركت حية المسألة الثانية
في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الأكل المسألة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة
المسألة الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا المسألة الخامسة هل للجراد ذكاة
المسألة السادسة هل للحيوان الذي يأوي في البر تارة وفي البحر تارة ذكاة أم لا المسألة
الأولى أما الموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع فإنهم اتفقوا
فيما أعلم أنه إذا لم يبلغ الوقذ منها إلى حالة لا ترجى فيها أن الذكاة عاملة
فيها أعني أنه إذا غلب على الظن أنها تعيش وذلك بأن لا يصاب لها مقتل واختلفوا
إذا غلب على الظن أنها تهلك من ذلك بإصابة مقتل أو غيره فقال قوم تعمل
الذكاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري

وابن عباس

وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن
الأشهر أنها لا تعمل في الميؤوس منها وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤوس منها
على ضربين مشكوك فيها وميؤوسة مقطوع بموتها وهي المنفوذة المقاتل
على اختلاف بينهم في إيقاع المقاتل قال فأما الميؤوسة المشكوك فيها ففي
المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنفوذة المقاتل فلا خلاف في
المذهب المنقول أن الذكاة لا تعمل فيها وإن كان يتخرج فيها الجواز على
وجه ضعيف وسبب اختلافهم في قوله تعالى إلا ما ذكيتم هل هو
استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهي الموقوذة
والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو
استثناء منقطع لا تأثير له في الجملة المتقدمة كما هو أيضا شأن الاستثناء
المنقطع في كلام العرب فمن قال إنه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الأصناف الأربعة
وأما من قال إن الاستثناء منقطع فإنه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال
إن الاستثناء متصل بإجماعهم على أن الذكاة تعمل في المرجوة منها قالوا
فهذا يدل على أن الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل واحتج أيضا من رأى أنه
منقطع بأن التحريم لم يتعلق بأعيان هذه الأصناف الأربعة وهي حية وإنما
يتعلق بعد الموت وإذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك أن معنى قوله
تعالى حرمت عليكم الميتة إنما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية وسائرها
أي لحم الميتة بهذه الأسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمى
ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قال فلما علم أن المقصود لم يكن
يتعلق التحريم بأعيان هذه وهي حية وإنما علق بها بعد الموت
أن لحم الحيوان محرم في حال الحيوة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله

عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة وجب ان يكون قوله الا
ما ذكيتم استثناء منقطعا لكن الحق في ذلك ان كيف ما كان الامر في الاستثناء
فواجب ان تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الاية
بعد الموت وجب ان تدخل في التذكية من جهة ما هي حية الاصناف الاربعة وغيرها
لانها ما دامت حية مساوية لغيرها في ذلك من الحيوان اعني انها تقبل الحلية
من قبل التذكية التي الموت منها بسبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل
فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل ان يقال ان عموم التحريم يمكن ان يفهم منه
تناول اعيان هذه الاربعة بعد الموت وقبله كالحال في الخنزير بل الذي لا تعمل فيه
الذكاة فيكون الاستثناء رافعا للتحريم عن اعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة
فيها واذا كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض فاما الاستدلال على
كون الاستثناء منقطعا واما من فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوك
فيها فيحتمل ان يقال ان مذهبه ان الاستثناء متصل وانه انما جاز تاثير
الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوكة على المرجوة ويحتمل ان يقال ان الاستثناء
متصل ولكن استثنى هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك ان الذكاة
انما يجب ان تعمل في حي يقطع انها سبب الموت فاما اذا شك هل كان موجب
الموت الذكاة او الوقذ او النطح فلا يجب ان تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوذة
المقاتل وله ان يقول ان المنفوذة المقاتل في حكم الميتة والذكاة من شرطها ان
ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة وعلى الحقيقة اذا تؤملت اقاويلهم
لم توجد مستندة لا الى ان الاستثناء متصل بالاطلاق ولا الى انه منقطع بالاطلاق
لانه كان يلزم ولو حمل على انه متصل بالاطلاق ان تعمل في الميؤوسة وغير الميؤوسة
ولو حمل ايضا على انه منقطع بالاطلاق عملت الذكاة في المرجوة الحياة المسألة

الثانية واما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمة الاكل حتى تطهر بذلك
جلودها فانهم ايضا اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها
ما عدا الخنزير وبه قال ابو حنيفة الا انه اختلف المذهب في كون السباع محرمة
او مكروهة على ما سياتي في كتاب الاطعمة وقال الشافعي الذكاة تعمل
في كل حيوان محرم الاكل فيجوز بيع جميع اجزائه والانتفاع بها ما عدا اللحم
وسبب الخلاف هل جميع اجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمة او
ليست تابعة للحم فمن قال انها تابعة قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل
في ما سواه ومن راى انها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل
في سائر اجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل
المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا ان يدل الدليل على
ارتفاعه المسألة الثالثة واختلفوا في تاثير الذكاة في الشاة التي اشرفت
على الموت فالجمهور على ان الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروي عنه
ان الذكاة لا تعمل فيها وسبب الخلاف معارضة القياس للاثر فاما الاثر فهو ما روي
ان امة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها
فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري
ومسلم واما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها تفعل في الحي وهذه في حكم
الميت وكل من اجاز ذبحها فانهم اتفقوا على انها لا تعمل فيها الا اذا كان فيها
دليل على الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر
الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول مذهب ابي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت
وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل
وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن اسلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز

وبعضهم شرط مع هذه النفس وهو مذهب ابن حبيب وما لا يعيش عمل الذكوة
بينها وبين الميؤوسة منها
في الميؤوسة منها من سبب من خارج
ما مر في المسألة الرابعة واختلفوا هل تعمل ذكوة الام في جنينها ام ليس
تعمل فيه وانما هو ميتة اعني اذا خرج ميتا بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء
الى ان ذكوة الام ذكوة لجنينها وبه قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة ان
خرج حيا ذبح واكل والذين قالوا ان ذكاة الام ذكوة له بعضهم اشترط في ذلك
تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي
وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر المروي في ذلك من حديث ابي سعيد
الخدري مع مخالفته للاصول وحديث ابي سعيد هو قال سالنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن البقرة او الناقة او الشاة ينحرها احدنا فيجد في بطنها
جنينا اياكله ام يلقيه فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكوة امه وخرج مثله
الترمذي وابو داود عن جابر واختلف في تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه
بعضهم واحد من صححه الترمذي واما مخالفة الاصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين
اذا كان حيا ثم مات بموت امه فانما يموت خنقا فهو من المنخنقة التي ورد النص
بتحريمها والى تحريمها ذهب ابو محمد ابن حزم ولم يرض سند الحديث واما اختلاف
القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه او لا اشتراطه فالسبب فيه
معارضة العموم للقياس وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام ذكوة الجنين
ذكوة امه يقتضي ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكوة يقتضي ان يشترط
فيها الحيوة قياسا على الاشياء التي تعمل فيها التذكية والحيوة لا توجد
فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروي عن
عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك
قال كان

قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين فذكاته ذكوة
امه وروى ابن المبارك عن ابن ابي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكوة الجنين ذكوة
امه اشعر او لم يشعر الا ان ابن ابي ليلى سيء الحفظ عندهم والقياس يقتضي ان تكون ذكوته
في ذكوة امه من قبل انه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحيوة فيه فيضعف
ان يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس من الذي تقدم ذكره عن اصحاب مالك المسألة
الخامسة واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكوة وذكوته عنده هو ان
يقتل اما بقطع راسه او بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز اكل ميتته وبه
قال مطرف وذكوة ما ليس بذي دم عند مالك كذكوة الجراد وسبب اختلافهم في ميتة
الجراد هل هو يتناوله اسم الميتة ام لا في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وللخلاف
سبب اخر وهو هل هو نثرة حوت او حيوان بري المسألة السادسة
واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر هل يحتاج الى ذكوة ام لا فغلب قوم فيه حكم
البر وغلب اخرون حكم البحر واعتبر اخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما
غالبا الباب الثاني في الذكوة وفي هذا الباب ثلاث مسائل المسألة
الاولى في انواع الذكوة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام الثانية في صفة
الذكوة الثالثة في شروط الذكوة المسألة الاولى واتفقوا على ان الذكوة في بهيمة
الانعام نحر وذبح وان من سنة الغنم والطير الذبح والابل النحر وان البقر يجوز
فيها النحر والذبح واختلفوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب
مالك الى انه لا يجوز النحر في الغنم ولا الطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع
الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وابو حنيفة
والثوري وجماعة العلماء وقال اشهب ان نحر ما يذبح او ذبح ما ينحر اكل ولكنه
يكره وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة

بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة وسبب اختلافهم معارضة الفعل
للعموم فاما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل
واما الفعل فانه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح الغنم
وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال
تعالى في الكبش وفديناه بذبح عظيم المسالة الثانية واما صفة الذكاة فانهم
اتفقوا على ان الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمري والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا
من ذلك في مواضع احدها هل الواجب قطع الاربعة كلها او بعضها وهل الواجب
في المقطوع منها قطع الكل او الاكثر وهل من شرط القطع ان تقع الجوزة الى جهة
البدن بل الى جهة الراس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز اكلها ام لا وهل ان تمادى
في قطع هذه الى قطع النخاع جاز ذلك ام لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى
تتم الذكاة ام لا فهنا ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه
وفي نهاية القطع وفي جهته اعني من قدام او من خلف وفي صفته اما المسالة الاولى
فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجوز اقل من ذلك
وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط
في قطع الودجين هو استيفاؤهما واختلف في قطع الحلق على القول بوجوبه
فقيل كله وقيل اكثره واما ابو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة
غير معينة من الاربعة اما الحلقوم والودجان واما المري والحلقوم واحد الودجين
او المري والودجان وقال الشافعي بل الواجب قطع المري والحلقوم فقط وقال
محمد بن الحسن الواجب قطع اكثر كل واحد من الاربعة وسبب اختلافهم انه لم يات
في ذلك شرط منقول وانما جاء في ذلك اثران احدهما يقتضي انهار الدم فقط والاخر
يقتضي قطع الاوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة

والسلام

والسلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى
عن ابي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما فرى الاوداج فكلوا ما لم يكن
قرض ناب او حز ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض الاوداج فقط لان انهار
الدم يكون بذلك وفي الثاني قطع جميع الاوداج فالحديثان والله اعلم متفقان
على قطع الودجين اما احدهما او البعض من كليهما او من واحد منهما ولذلك
وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف في قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى
الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف في كلام العرب قد تدل على البعض واما
من اشترط قطع الحلقوم او المري فليس له حجة من السماع واكثر من ذلك من اشترط
المري والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم ان الواجب هو قطع ما وقع
الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطا في التحليل ولم يكن في ذلك نص فيما
يجزئ وجب ان يكون الواجب في ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل
على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس
يلزم ان يكون شرطا في الصحة واما المسالة الثالثة في موضع القطع وهو ان لم
تقطع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك
وابن القاسم لا تؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل وسبب الخلاف
هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة ام ليس بشرط فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع
الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط
قال ان قطع فوق الجوزة جاز واما المسالة الرابعة وهي ان قطع اعضاء الذكاة
من ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب
وابن شهاب وغيرهم واجاز ذلك الشافعي وابو حنيفة واسحق وابو ثور وروي
ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن الحصين وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوذة

المقاتل أو لا تعمل وذلك أن القاطع لأعضاء المذكورة من القفا لا يصل إليها بالقطع
إلا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكوة على حيوان قد أصيب
مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسألة وأما المسألة الخامسة
وهي أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع من أول أن نوى ذلك فكأنه
نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل
إن فعلها ساهيا أو جاهلا وأما المسألة السادسة وهي هل من شرط الزكاة
أن تكون في فور واحد فالمذهب لا يختلف أن ذلك من شرط الذكوة وأنه إذا رفع
يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك أن تلك الذكوة لا تجوز واختلفوا
إذا أعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب إذا أعاد يده بالفور أكلت
وقال سحنون لا تؤكل وقيل إن رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكوة أو لا فأعادها
على الفور إن تبين له أنها لم تتم أكلت وهو أحد ما تأول على سحنون وقد
تأول قوله على الكراهية قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان أجود
أعني إذا رفع يده وهو يظن أنه قد أتم الذكوة فتبين له غير ذلك فأعادها
أنها لا تؤكل لأن الأول رفع عن الشك وهذا على اعتقاد تمامه يقينا وهذا
مبني على أن من شرط الذكوة قطع كل أعضاء الذكوة فإذا رفع يده قبل أن تستتم
كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لأنها ميتة لا ذكوة
كما أنه على المنفوذة المقاتل قال القاضي رحمه الله هذه المسائل كلها اختلفوا
فيها مسكوت عنها في الشرع والنظر إنما هو فيما سكت عنه بحسبه على المجتهدين
وأمثالها لم أو لكونها معفو عنها في الشرع ولذلك سكت عنها فلينظر في ذلك
فهو الأصل في هذا الباب وفي كثير من الأبواب فإن المسكوت عنه في الشرع يدل على
ضربين ضرب يقتضي مفهوم الفرع النظر فيه وضرب يتردد فيه السكوت

عنه

عنه أو مكان نظر العلماء ولذلك كثيرا ما يختلف في هذا الجنس القائلون بالقياس والنافون
له الباب الثالث فيما به تكون الذكوة أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم
وفرى الأوداج من حديد أو حجر أو عود أو قصب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة
في السن والظفر والعظم منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين أن يكونا منزوعين وبين
أن لا يكونا منزوعين فأجاز التذكية بهما إذا كانا منزوعين ولم يجزها إذا كانا
متصلين ومنهم من قال إن الذكوة بالسن والعظم جائزة إذا أنهر الدم واختلف في السن
والظفر على الأقاويل الثلاثة أعني بالمنع مطلقا والفرق بين الانفصال وبالكراهة
لا بالمنع وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام
في حديث رافع بن خديج وفيه قال يا رسول الله إنا لاقو العدو غدا وليس معنا
مدى فنذبح بالقصب فقال عليه السلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس
السن والظفر وسأحدثكم عنه أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة
فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الأشياء ليس في طبعها أن تنهر
الدم غالبا ومنهم من فهم من ذلك أنه شرع غير معلل والذين فهموا أنه شرع معلل
منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي
في ذلك على وجه الكراهية لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك أنه لا ينهر الدم
غالبا قال إذا وجد منها ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم أن يكونا منفصلين إذ كان
إنهار الدم منهما بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي
عنها مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهي قال إن ذبح بها لم تقع
التذكية وإن أنهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد المنهي قال إن فعل
وأنهر الدم أثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره
ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فإنه عليه

والسلام فمن علل المنع في السن فانه عممه ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من
المحددات مع وجود الحديد لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على
كل مسلم فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته خرجه مسلم **الباب الرابع** في شروط الذكاة وفي هذا الباب ثلاث
مسايل المسألة الاولى في اشتراط التسمية الثانية في اشتراط القبلة الثالثة في اشتراط
النية المسألة الاولى واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة اقوال فقيل
هي فرض على الاطلاق وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وقيل بل هي
سنة موكدة وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين وبالقول
الثاني قال مالك وابو حنيفة والثوري وبالقول الثالث قال الشافعي واصحابه وهو
مروي عن ابن عباس وابي هريرة وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر
واما الكتاب فقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق واما
السنة المعارضة لهذه الاية فما رواه مالك عن هشام بن عروة عن ابيه انه قال
سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله ان ناسا من اهل البادية
ياتوننا بلحمان ولا ندري اسموا عليها ام لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى ان الاية ناسخة لهذا الحديث وتاول
ان هذا الحديث كان اول الاسلام ولم ير ذلك الشافعي لان هذا الحديث ظاهره انه
كان بالمدينة واية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر
بالتسمية على الندب واما من اشترط الذكر في الوجوب فمصيرا الى قوله عليه السلام
رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه المسألة الثانية واما استقبال
القبلة بالذبيحة فان قوما استحبوا ذلك وقوما كرهوا الاستقبال بها القبلة
والكراهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسألة مسكوت عنها والاصل

فيها

فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح ان يكون اصلا
تقاس عليه هذه المسألة الا ان يستعمل فيه قياس مرسل وهو الذي لا يستند الى اصل
مخصوص عند من اجازه او قياس شبه بعيد وذلك ان القبلة هي جهة معظمة
وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة
يشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه
على استقبال القبلة بالميت **المسألة الثالثة** واما اشتراط النية فقيل في المذهب
بوجوب ذلك ولا اذكر في خارج المذهب في هذا الوقت خلافا فيه لكن من اوجب قال
عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها
قال فعل معقول يحصل منه فوات النفس الذي هو المقصود فوجب الا يشترط فيها
النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عينها **الباب الخامس** فيمن تجوز
تذكيته ومن لا تجوز والمذكور ثلاثة اصناف في الشرع صنف اتفق على جواز ذكوته
وصنف اتفق على منع ذكوته وصنف اختلف فيه فاما الصنف الذي اتفق على جواز
ذكوته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع
الصلاة واما الذي اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى وما ذبح
على النصب وما اهل به لغير الله واما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن
المشهور منها عشرة اهل الكتاب والمجوس والصابيون والصبي والمراة والمجنون
والسكران والذي يضيع الصلاة والسارق والغاصب فاما اهل الكتاب فالعلماء
مجمعون على جواز ذبايحهم لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويختلفون في التفصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين
وذبحوا لانفسهم وعلم انهم سموا الله على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم يحرم عليهم في
التوراة ولا حرموها على انفسهم انه يجوز منها ما عدا الشحم واختلفوا في اضداد هذه الشروط

اعني اذا ذبحوا للمسلم باستنابة او كانوا من نصارى بني تغلب ومن تهود من العرب واذا لم يعلم
انهم سموا الله او جهل مقصودهم بحكمها او علم انهم سموا غير الله مما يذبحونه
لكنائسهم واعيادهم او كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى
كل ذي ظفر او كانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود
فاسدة من قبل خلقة الرية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة
مسلم فقيل في المذهب عن مالك لا يجوز وقيل يجوز وسبب الاختلاف هل من شرط
ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك
فمن راى ان النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي للمسلم لانه لا يصح
منه وجود هذه النية ومن راى ان ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب اعني
قوله وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال يجوز وكذلك من اعتقد ان نية
المستنيب تجزئ وهو احد قولي ابن وهب واما المسالة الثانية وهي ذبائح
نصارى بني تغلب والمرتدين فان الجمهور على ان ذبائح النصارى من العرب
حكمها حكم ذبائح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم
وهو احد قولي الشافعي وهو مروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وسبب
الخلاف هل يتناول اسم العرب المتنصرين او المتهودين اسم الذين اوتوا
الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم
واما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته لا تؤكل وقال اسحق ذبيحته جائزة
وقال الثوري مكروهة وسبب الخلاف هل المرتد يتناوله اسم اهل الكتاب
اذ كان ليس له حرمة اهل الكتاب او لا يتناوله واما المسالة الثالثة
وهي اذا لم يعلم ان اهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور
تؤكل وهو مروي ولست اذكر في هذا الوقت خلافا ويتطرق اليه الاحتمال

بان

الاحتمال بان يقال ان الاصل الا يؤكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط الاسلام
فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب الا تؤكل ذبائحهم بالشك
في ذلك واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم او كنائسهم فان من العلماء
من كرهه وهو قول مالك ومنهم من اباحه وهو قول اشهب ومنهم من حرمه وهو
قول الشافعي وسبب اختلافهم تعارض عمومي الكتاب في هذا الباب وذلك ان
قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يحتمل ان يكون مخصصا لقوله
تعالى وما اهل به لغير الله ويحتمل ان يكون قوله تعالى وما اهل به لغير الله
مخصصا لقوله وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ كان كل واحد منهما يصح
ان يستثنى من الاخر فمن جعل قوله وما اهل به لغير الله مخصصا لقوله وطعام
الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما اهل به للكنائس والاعياد ومن
عكس الامر قال يجوز واما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم فقيل
يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين ان تكون محرمة بالتوراة او من قبل انفسهم
اعني باباحة ما ذبحوا مما حرموا على انفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل
يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة
عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن اشهب واصل الاختلاف معارضة
عموم الاية لاشتراط النية المذكورة اعني اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية
فمن قال ذلك شرط في التذكية ومن قال ليس بشرط اجازهم وتمسك بعموم
الاية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم
في اكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف في ذلك احد غير مالك واصحابه
فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول اشهب ومنهم من
قال مكروه والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل في

الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل
الذبيحة وهو هل تتبعض التذكية أو لا تتبعض فمن قال تتبعض قال لا يؤكل
الشحم ومن قال لا تتبعض قال يؤكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم
حديث عبد الله بن مغفل إذ أصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم في كتاب
الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكوة وما حرموا
على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه الذكوة والحق أن ما حرم عليهم أو حرموا
على أنفسهم فهو في وقت شريعة الإسلام أمر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع
فيجب أن لا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا يشترط أيضا أن يكون اعتقادهم في تحليل
الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لأنه لو اشترط ذلك لما جاز
أكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم في ذلك منسوخا
واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله به فذبائحهم والله
أعلم جائزة على الإطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فإنه
بين والله أعلم وأما المجوس فإن الجمهور على أنه لا تجوز ذبائحهم لأنهم مشركون
وشذ قوم فأجازوا ذبائحهم لعموم قوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة
أهل الكتاب وأما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل
الكتاب أو ليسوا من أهل الكتاب وأما المرأة والصبي فالجمهور على أن ذبائحهم
جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب والسبب في اختلافهم
نقصان المرأة والصبي وإنما اتفق الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد
أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فأصيبت منها شاة فأدركتها
فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها
فكلوها وهو حديث صحيح وأما المجنون والسكران فإن مالكا لم يجز ذبيحتهما

واجاز ذلك

وأجاز ذلك الشافعي وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكوة فمن اشترط النية منع ذلك
إذ لا يصح من المجنون ولا السكران وخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب
فإن الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع ذلك ورأى أنها ميتة وبه قال داود وإسحق
بن راهويه وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه فمن قال يدل قال السارق
منهي عن ذكاتها وتملكها فإذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لا يدل إلا إذا
كان المنهي عنه شرطا من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لأنه ليس صحة
الملك شرطا من شروط التذكية وفي هو قال ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عنها فلم ير بها بأسا وقد جاء إباحة ذلك مع الكراهة فيما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب
تم كتاب الذبائح بحمد الله وحسن عونه

كتاب الصيد وهذا الكتاب في أصوله أيضا أربعة أبواب
الباب الأول في حكم الصيد وفي محل الصيد الثاني فيما به
يكون الصيد الثالث في صفة ذكوة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكوة
في الصيد الرابع فيمن يجوز صيده الباب الأول فأما حكم الصيد فالجمهور على
أنه مباح لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما ثم قال وإذا حللتم فاصطادوا واتفق
العلماء على أن الأمر بالصيد بعد النهي في هذه الآية يدل على الإباحة كما
اتفقوا على ذلك في قوله تعالى فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض و
ابتغوا من فضل الله أعني أن المقصود به الإباحة لوقوع الأمر به بعد النهي وإن
كانوا اختلفوا هل الأمر بعد النهي يقتضي الإباحة

أو لا يقتضيه وإنما يقتضي على أصله الوجوب. وكره مالك الصيد الذي يقصد به السرف
والتنافس، فهذا ما رأينا فيه تفصيل تحصيل قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس
واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه. وهذا
النظر في الشرع يتعلق في القياس ويجري الأصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق
بكتابنا هذا إذ كان قصدنا فيه إنما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من
المنطوق به. وأما محل الصيد فإنهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري السمك و
من البري الحيوان الحلال الأكل غير المتأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس
فلم يقدر على أخذه ولا نحره أو ذبحه فقال مالك لا يؤكل إلا أن ينحر من ذلك ما ذكاته النحر
ويذبح ما ذكاته الذبح أو يفعل به أحد هذين مما يجوز فيه الأمران جميعا. وقال أبو حنيفة
والشافعي إذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فإنه يقتل كالصيد. وسبب
اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للخبر وذلك أن الأصل في هذا الباب هو أن الحيوان
الإنسي لا يؤكل إلا بالذبح أو النحر وأن الوحشي يؤكل بالعقر. وأما الخبر
المعارض لهذا الأصل فحديث رافع بن خديج وفيه قال فند منا بعير وكان في القوم
خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى
به فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما
ند عليكم فاصنعوا به هكذا. والقول بهذا الحديث أولى لصحته لأنه ينبغي أن يكون
هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن للقائل أن يقول إنه جار مجرى الأصل في هذا
الباب وذلك أن العلة في كون العقر ذكاة لبعض الحيوان ليس شيئا أكثر
من عدم القدرة عليه لا أنه وحشي فقط فإذا وجد هذا المعنى من الإنسي جاز
أن تكون ذكاته ذكاة الوحشي فيتفق القياس والسماع. الباب الثاني
فيما به يكون الصيد والأصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الأولى قوله
تعالى

تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم
والثانية قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين. وأما الحديثان
فأحدهما حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
له إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك
وإن قتلن، وإن أكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه وإن خالطها
كلاب غيرها فلا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره. وسأله عن
المعراض فقال إذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ. وهذا الحديث هو أصل
في هذا الكتاب. والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام
ما أصبت بسهمك فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله
ثم كل وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل. وهذان
الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجهما. والآلات التي يصاد بها منها
ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان
جارح ومحدد ومثقل. فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف للنص عليها
في الكتاب والسنة وكذلك ما جرى مجراها مما يعقر ما عدا الأشياء التي اختلفوا
في عملها في ذكاة الحيوان الإنسي وهو السن والظفر والعظم. وقد تقدم اختلافهم
في ذلك فلا معنى لإعادته. وأما المثقل فاختلفوا فيه مثل الصيد بالمعراض و
الحجر فمن العلماء من لم يجز منه إلا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجازه على
الإطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده إذا خرق
جسم الصيد فأجازه إذا خرق ولم يجزه إذا لم يخرق. وبهذا القول قال
مشاهير فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري
وغيرهم. وهذا راجع إلى أنه لا ذكاة إلا بمحدد. وسبب اختلافهم معارضة
الأصول في هذا الباب بعضها لبعض ومعارضة الأثر لها وذلك أن من الأصول

في هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن اصوله ان العقر ذكاة
الصيد فمن راى ان المعراض وقيذ منعه على الاطلاق ومن راه عقرا
مختصا بالصيد وان الوقيذ غير معتبر فيه اجازه على الاطلاق ومن فرق بين
ما خزق من ذلك وما لم يخزق فمصيره الى حديث عدي بن حاتم المتقدم وهو
الصواب واما الحيوان الجارح فالاتفاق والخلاف فيه متعلق بالنوع والشرط
فاما النوع الذي اتفقوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الاسود فانه كرهه
قوم منهم الحسن البصري وابراهيم النخعي وقتادة وقال احمد ما اعرف احدا
رخص فيه اذا كان بهيما وبه قال اسحق واما الجمهور فعلى اجازة صيده
اذا كان معلما وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم
قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين يقتضي تسمية جميع الكلاب
في ذلك وامره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الاسود البهيم يقتضي القياس
يجوز في ذلك وامره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب القياس الا يجوز
اصطياده على راي من يرى ان النهي يدل على فساد المنهي عنه واما الذي
اختلفوا فيه من انواع الجوارح فما عدا الكلب من جوارح الحيوانات
السباعية فمنهم من اجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن
شعبان وهو مذهب مالك واصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروي عن
ابن عباس اعني ان ما قبل التعلم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد
وقال قوم لا اصطياد بجارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك الا
ما ادركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور
الجارحة البازي فقط فقال يجوز صيده وحده وسبب اختلافهم في هذا
الباب شيئان احدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد
يظن ان النص انما ورد في الكلاب اعني قوله تعالى وما علمتم من الجوارح

لان لفظة

لان لفظة مكلبين الا ان يتناول ان لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لا من
لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجارح الذي في الاية فعلى هذا يكون
سبب الاختلاف الاشتراك الذي في لفظة مكلبين والسبب الثاني هل من شرط الامساك
الامساك على صاحبه ام ليس ذلك من شرطه وان كان من شرطه فهل
يوجد في غير الكلاب او لا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب
وان لفظة مكلبين هي مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب وانه لا يوجد الامساك
الا في الكلب اعني على صاحبه وان ذلك شرط قال لا اصطياد بجارح سوى الكلب ومن
قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على صاحبه
قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعلم واما من استثنى من ذلك البازي
فمصيره الى ما روي عن عدي بن حاتم انه قال سالت رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن صيد البازي فقال ما امسك عليك فكل خرجه الترمذي فهذه اسباب
اتفاقهم واختلافهم في انواع الجوارح واما الشروط المشترطة في الجوارح
فان منها ما اتفقوا عليها وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا ارسلت كلبك المعلم واختلفوا
في صفة التعليم وفي شروطه فقال قوم التعليم ثلاثة اصناف احدها ان تدعو
الجارح فيجيب وان تشليه فينشلي وان تزجره فينزجر ولا خلاف بينهم في اشتراط
هذه الثلاثة في الكلاب وانما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح واختلفوا
ايضا هل من شرطه الا ياكل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم
من اشترطه في الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب
فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب
من اصحابه ليس يشترط الانزجار فيما لا يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة
والصقور ومذهب مالك انه ليس من شرط الجارح لا الكلب ولا غيره الا ياكل واشترطه

بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطير ومنهم من
اشترطه كما قلنا في الكل والجمهور على جواز أكل صيد البازي والصقر وإن أكل
لأن تضريته إنما تكون بالأكل فالخلاف في هذا الباب راجع إلى موضعين أحدهما
هل من شرط التعليم أن ينزجر إذا زجر وهل من شرطه أن لا يأكل وسبب الخلاف
هل في اشتراط الأكل وعدمه شيئان أحدهما اختلاف الآثار في ذلك والثاني
هل إذا أكل فهو ممسك لنفسه أو لا فأما الآثار فمنها حديث عدي بن حاتم المتقدم
وفيه فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه والحديث المعارض
لهذا حديث أبي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قال أبو ثعلبة قلت وإن أكل منه
يا رسول الله قال وإن أكل فمال المولعون بجمع بين الحديثين بأن حملوا حديث عدي
بن حاتم على الندب وهذا على الجواز فقالوا ليس من شرطه أن لا يأكل ومن رجح
حديث عدي بن حاتم إذ هو متفق عليه وحديث أبي ثعلبة مختلف فيه ولذلك
لم يخرجه الشيخان البخاري ومسلم قال من شرط الإمساك أن لا يأكل بدليل
الحديث المذكور قال إن أكل لم يؤكل الصيد وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد
وإسحاق والثوري وهو قول ابن عباس ورخص في أكل ما أكل الكلب كما قلنا
مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسلمان وقالت المالكية المتأخرة إنه ليس له
الأكل بدليل على أنه لم يمسك على سيده وأن الإمساك على سيده بشرط في الذكاة
لأن نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدو فيمسك لنفسه وهذا
الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا
مما أمسكن عليكم والإمساك على سيد الكلب هو بأن يبقى فيه وهو العادة ولذا
قال عليه الصلاة والسلام فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك
على نفسه وأما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب إلا اختلافهم في قياس سائر

الجوارح

الجوارح إذا لم ينزجر هل يسمى معلما أم لا وفيه التردد وهو سبب الخلاف الباب
الثالث في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها واتفقوا على أن الذكاة
المختصة بالصيد هي العقر واختلفوا في شروطها اختلافا كثيرا وإذا اعتبرت
أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة في الآلة وفي الصائد
وجدت ثمانية شروط اثنان يشترك فيهما الذكاتان أعني ذكاة الصيد وغير الصيد
وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة أحدها أنها إن لم تكن الآلة أو الجارح
الذي أصاب الصيد قد أنفذ مقاتله فإنه يجب أن يذكى بذكاة الحيوان الإنسي إذا قدر
عليه قبل أن يموت مما أصابه من الجارح أو من الضرب وأما إن كان قد أنفذ مقاتله فليس
يجب ذلك وإن كان قد يستحب والثاني أن يكون الفعل الذي به أصيب الصيد
مبدؤه من الصائد لا من غيره أعني لا من الآلة كالحال في الحبالة ولا من الجارح كالحال مما
يصيب الكلب الذي ينشلي من ذاته والثالث لا يشاركه في العقر من ليس
عقره ذكاة والرابع لا يشك في عين الصيد الذي أصابه وذلك عند غيبته عن عينه والخامس
ألا يكون الصيد مقدورا عليه في وقت الإرسال عليه والسادس أن لا يكون قتله من رعب من
الجارح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها أو لا اشتراطها عرض
الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط وهم يختلفون في وجودها
في نازلة كاتفاق المالكية على أن من شرط العقر أن يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم
إذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا للتردد
في هذه الحال بين أن يوجد لها هذا الشرط أو لا يوجد وكاتفاق أبي حنيفة ومالك على
من شرطها إذا أدرك غير منفوذ المقاتل أن يذكى إذا قدر عليه قبل أن يموت واختلافهم
بين أن يتخلص حيا فيموت في يده قبل أن يتمكن من ذكاته فإن أبا حنيفة منع
هذا وأجاز هذا مالك ورآه مثل الأول أعني إذا لم يقدر على تخلصه من الجارح حتى
مات لتردد هذه الحال بين أن يقال أدركه غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح

فاشبه الموقوذ اولم يشبهه ولم يقع منه تحريك واذا كانت هذه الشروط هي
اصول الشروط المذكورة الشروط المشترطة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة
في الالة والصائد نفسه على ما سياتي فنذكر ما اتفقوا منها عليه وما اختلفوا فيه
وسبب الخلاف في ذلك وما يتفرع عن ذلك من مشهور مسائلهم فنقول اما التسمية
والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسبب ذلك في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية
في الذكاة لم يجز عند من اشترطها اذا ارسل الجارح على صيد واخذ آخر ذكاة ذلك الصيد
الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وابو حنيفة واحمد وابو ثور يوكل
ومن قبل هذا ايضا اختلف اصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرئي كالذي يرسل
على ما في غيضة او من وراء اكمة ولا يدري هل هنالك شيء ام لا لان القصد في هذا يشوبه
بشيء من الجهل واما الشرط الاول وهو خاص بذكاة الصيد من الشروط الستة
التي ذكرناها وهو ان عقر الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه
المرسل حيا فاشترطه فقال جمهور العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم في بعض
رواياته انه قال عليه الصلاة والسلام وان ادركته حيا فاذبحه وكان النخعي
يقول اذا ادركته ولم يكن معك حديدة فارسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال
الحسن البصري مصيرا لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ومن قبل هذا
الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فان توانى فادركه ميتا فان كان منفوذ
المقاتل بسهم حل اكله والا لم يحل من اجل انه لو لم يتوان لكان يمكن ان يدركه
حيا غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو ان يكون الفعل مبدؤه
من القانص ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه
الحبالة والشبكة اذا انفذت المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور
ورخص فيه الحسن البصري ويدخل فيه الخلاف من ترك التسمية ان سهى عند نصب اذا لم
الحبالات او عمدا ان لم يسمه ومن هذا الاصل لم يجز مالك الصيد الذي ارسل عليه
الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه واما الشرط الثالث
وهو الا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة فهو شرط مجمع عليه فيما اذكر

لانه

لانه لا يدري من قتله واما الشرط الرابع وهو الا يشك في عين الصيد ولا في قاتل
جارحته له فمن قبل ذلك اختلفوا في اكل الصيد اذا غاب عنه مصرعه فقال مالك مرة
لا باس باكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثرا من كلبك او كان به سهمك
ما لم يبت فاذا بات فاني اكرهه وبالكراهية قال الثوري وقال عبد الوهاب اذا بات
الصيد من الجارح لم يوكل وفي السهم خلاف وقال ابن الماجشون يوكل فيهما جميعا
اذا وجد منفوذ المقاتل وقال مالك في المدونة لا يوكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد
منفوذ المقاتل وقال الشافعي القياس الا تاكله اذا غاب عنك مصرعه وقال
ابو حنيفة اذا توارى الصيد والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز اكله ما لم
يترك الكلب الطلب فان ترك الطلب كرهنا اكله وسبب اختلافهم شيئان اثنان
الشك العارض في عين الصيد او في ذكوته والسبب الثاني اختلاف الآثار في هذا
الباب فروى مسلم والترمذي والنسائي وابو داود عن ابي ثعلبة عن النبي صلى الله
عليه وسلم في الذي يدرك صيده بعد الثلاث قال كل ما لم ينتن وروى مسلم
عن ابي ثعلبة ايضا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا رميت سهمك وغاب عنك مصرعه
فكله ما لم يبت وفي حديث عدي بن حاتم انه قال عليه الصلاة والسلام اذا وجدت
سهمك فيه ولم تجد فيه اثر سبع وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم
في الصيد يصاد بالسهم او يصيبه الجارح فيسقط في ماء او يتردى من مكان عال فقال مالك
لا يوكل لانه لا يدري من اي الامرين مات الا ان يكون السهم قد انفذ مقاتله ولا يشك
انه مات وبه قال الجمهور وقال ابو حنيفة لا يوكل ان وقع منفوذ المقاتل ويوكل
ان تردى وقال عطاء لا يوكل اصلا اذا اصيب المقاتل ووقع في ماء او تردى من موضع عال
لامكان ان يكون زهوق نفسه من قبل التردي او الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ
المقاتل واما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم منعه قياسا على المثقل واجازه
اشهب لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولم يختلف المذهب ان ما مات
من خوف الجارح انه غير مذكى واما كونه في حين الارسال غير مقدور عليه فانه
شرط فيما علمت متفق عليه فانه شرط فيها وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدورا
على اخذه باليد دون خوف او غرر اما من قبل انه قد نشب في شيء او تعلق بشيء

او رماه احد فكسر جناحه او ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد
بعض الاحوال بين ان يوصف فيها الصيد بانه مقدور عليه او غير مقدور عليه
مثل ان تضطره الكلاب فيقع في حفرة فقيل في المذهب يوكل وقيل لا يوكل
واختلفوا في صفة العقر اذا ضرب الصيد فابين منه عضو فقال قوم يوكل
الصيد دون ما بان منه وقال قوم يوكلان جميعا وفرق قوم بين ان يكون ذلك
العضو مقتلا او غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا اكلا جميعا وان كان غير
مقتل اكل الصيد ولم يوكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع
خلافهم في ان يكون القطع بنصفين او يكون احدهما اكبر من الثاني وسبب اختلافهم
معارضة قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة
لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولعموم قوله تعالى تناله ايديكم ورماحكم
فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يوكل العضو المقطوع من الصيد والصيد
ومن حمل الحديث على الانسي وما حمله على الوحشي والانسي واستثنى
من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع قال يوكل دون العضو البائن ومن
اعتبر في ذلك الحياة المشترطة اعني في قوله وهي حية فرق بين ان يكون العضو
مقتلا او غير مقتل

الباب الرابع في شروط القانص

وشروط القانص
هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف
فيها ويخص الاصطياد في البر شرط زائد وهو ان لا يكون محرما ولا خلاف
في ذلك لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فان اصطاد محرم فهل يحل
ذلك الصيد لحلال ام هو ميتة لا يحل لاحد ايضا اختلف فيها الفقهاء
فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وابو حنيفة وابو ثور الى انه
يجوز لغير المحرم اكله وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهي
يعود بفساد المنهي ام لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا
من هذا الباب في كلب المجوسي فقال مالك الاصطياد به ممنوع وقيل

جائز

جائز فان المعتبر انما هو الآلة وبه قال الشافعي وابو حنيفة وكرهه جابر بن عبد الله
والحسن البصري وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله تعالى وما علمتم
من الجوارح مكلبين متوجه نحو المومنين وهذا كاف بحسب غرضنا المقصود
من هذا الكتاب كمل كتاب الصيد بحمد الله وحسن عونه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العقيقة

والقول المحيط باصول هذا الباب ينحصر في ستة ابواب الباب الاول في معرفة
حكمها الثاني في معرفة محلها والثالث في معرفة من يعق عنه وكم يعق والرابع في معرفة
وقت هذا النسك والخامس في سن هذا النسك وصفته والسادس في حكم لحمها وسائر
اجزائها فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب
الجمهور الى انها سنة وذهب ابو حنيفة الى انها ليست فرضا ولا سنة وقد قيل
ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار
في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم
كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضي الوجوب
وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا احب العقوق
ومن ولد له ولد فاحب ان ينسك عن ولده فليفعل يقتضي الندب او الاباحة فمن فهم
منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج
الحديثين ابو داود ومن اخذ بحديث سمرة اوجبها واما محلها فان جمهور
العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في الضحايا من الازواج الثمانية واما
مالك فاختار فيها الضان على مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزئ فيها
الابل والبقر او لا يجزئ وسائر الفقهاء على اصلهم ان الابل افضل من البقر
والبقر من الغنم وسبب اختلافهم تعارض الاثر في هذا الباب والقياس اما

الاثر فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين
كبشا كبشا وقوله عليه الصلاة والسلام عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان
اخرجهما ابو داود واما القياس فلانها نسك فوجب ان يكون الاعظم فيه افضل قياسا
على الهدايا واما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين
فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية واجاز بعضهم ان يعق عن الكبير ودليل الجمهور
على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام يذبح عنه يوم سابعه ودليل
من خالف ما روي عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم عق عن نفسه بعد ما بعث
بالنبوة ودليلهم ايضا على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام عن الجارية
شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة
والسلام كل غلام مرتهن بعقيقته واما العدد فان العلماء اختلفوا ايضا في ذلك
فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقال الشافعي وابو ثور وداود واحمد
يعق عن الجارية بشاة وعن الغلام شاتان وسبب اختلافهم اختلاف الاثار في هذا
الباب فمنها حديث ام كرز الكعبية خرجه ابو داود قالت سمعت رسول الله صلى الله
يقول في العقيقة عن الغلام شاتان مكافيتان وعن الجارية شاة والمكافيتان المماثلتان
وهذا يقتضي الفرق بين الذكر في ذلك والانثى وما روي انه عق عن الحسن والحسين
كبشا كبشا يقتضي الاستواء بينهما واما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على
انه يوم سابع المولود لقوله عليه الصلاة والسلام يذبح عنه يوم سابعه ومالك
لا يعد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولد نهارا وعبد الملك ابن الماجشون يحتسب
به وقال ابن القاسم في العتبية ان عق ليلا لم يجزه واختلف اصحاب مالك في مبدا
وقت الاجزاء فقيل وقت الضحايا اعني ضحى وقيل بعد الفجر قياسا على قول
مالك في الهدايا ولا شك ان من اجاز الضحايا ليلا اجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز
في السابع الثاني والثالث واما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها

الجايزة اعني انه يتقى فيها من العيوب ولا اعلم في هذا خلافا واما حكم لحمها
وجلدها فحكم لحم الضحايا في الاكل والصدقة ومنع البيع وجمهور العلماء على
انه كان يدمى راس الطفل في الجاهلية بدمها وانه نسخ في الاسلام وذلك
لحديث بريدة الاسلمي قال كنا في الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ولطخ
راسه بدمها فلما جاء الله بالاسلام كنا نذبح ونحلق راسه ونلطخه بزعفران
وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس راس الصبي بقطنة قد غمست في دم واستحب
كسر عظامها لما كانت الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلق راس المولود
يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب
والقولان عن مالك والاستحباب اجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطا
ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين
وزينب وام كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة كمل كتاب العقيقة بحمد الله
وحسن عونه

كتاب الاطعمة

والكلام في اصول هذا الكتاب يتعلق
بجملتين الجملة الاولى يذكر فيها المحرمات في حال الاختيار والجملة الثانية يذكر
فيها احوالها في حال الاضطرار الجملة الاولى والاغذية الانسانية نبات وحيوان
فاما الحيوان الذي يتغذى به فمنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه بري
ومنه ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما
اختلفوا فيه فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة
والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع وما نقص شرطا من شروط
التذكية من الحيوان الذي تذكيته شرط في اكله والجلالة والطعام الحلال
يخالطه نجس فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا
في ميتة البحر على ثلاثة اقوال فقال قوم هي حلال باطلاق وقال قوم هي

حرام بالإطلاق وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال وسبب
اختلافهم هو سبب تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها
معارضة كلية ومعارضته لبعضها معارضة جزئية وموافقته لبعضها فأما العموم
فهو قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وأما الآثار المعارضة لهذا العموم فحديثان أحدهما
متفق عليه والآخر مختلف فيه أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه أن أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتا يسمى العنبر أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منها بضعة
عشر يوما أو شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه فقال
هل معكم من لحمه شيء فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فأكله وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية بالعموم والحديث الثاني ما رواه
مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته
وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما رواه إسماعيل عن أبي الزبير عن
جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه
وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك لأن رواته من لا يعرف وأنه ورد من طريق
واحد وقال أبو عمر بن عبد البر رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف
حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة
لشهادة عموم الكتاب له قال إنه لم يستثن من ذلك إلا ما جزر عنه البحر إذ لم يرد
في ذلك تعارض بين الأحاديث لأن كلها لا معارضة بينه وبين حديث جابر
ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالإباحة مطلقة وأما من قال بالمنع مطلقا
فيصير إلى ترجيح عموم الكتاب وبالإباحة مطلقا قال مالك والشافعي وبالمنع
مطلقا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي قوم غير هؤلاء بالفرق وأما
الخمسة التي ذكرها الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة

أعني

أعني ما فاتت ذكاته وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلفوا
في أكلها وسبب اختلافهم تعارض القياس والأثر فأما الأثر فما روي أنه عليه
الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة وألبانها خرجه أبو داود عن ابن عمر وأما القياس
المعارض لهذا فهو أن ما يرد جوف الحيوان ينقلب إلى لحم ذلك الحيوان وسائر
أجزائه فإذا قلنا إن ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينقلب منه ذلك حكم ما ينقلب
إليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كما ينقلب الدم لحما والشافعي يحرم الجلالة ومالك
يكرهها وأما النجاسة تخالط الحلال فالأصل فيه الحديث المشهور من حديث
أبي هريرة وميمونة أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفأرة تقع في السمن
فقال إن كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقي وإن كان ذائبا فأريقوه
أو لا تقربوه وللعلماء في النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان أحدهما
من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وإن لم يتغير المطعوم لون ولا رائحة ولا طعم
من قبل النجاسة التي خالطته وهو المشهور الذي عليه الجمهور والثاني مذهب
من يعتبر في ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك وسبب اختلافهم
في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص
وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يدل على ما ذكروه وسائر الأشياء يعتبر
فيها التغير بمقابل النجاسة ومنهم من جعله من باب الخاص أريد به العام وهم
الجمهور فقالوا المفهوم منه أن نفس مخالطة النجس ينجس الحلال إلا أنه
لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامدا أو ذائبا بالوجوب المخالطة في هاتين الحالتين
وإن كانت إحدى الحالتين أكثر أعني في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق
بين المخالطة القليلة والكثيرة لأن تفريقه عليه الصلاة والسلام بين الجامد

والذئاب يعمهم منه اعتبار الكثرة او عمومه فلما لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصروا وامر
بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك افترقت الظاهرية كلها
على ظاهره واما المحرمات لعينها فاتفق المسلمون منها على تحريم لحم الخنزير والدم
فاما الخنزير فاتفقوا على تحريم لحمه وشحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي
طهارة جلده وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة واما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح
منه من الحيوان المذكى واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت
فمنهم من راى نجسا ومنهم من لم يره نجسا والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب
مالك وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقييد وذلك ان قوله
تعالى حرمت عليكم الميتة والدم يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى
او دما مسفوحا يقتضي بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق
الى المقيد اشترط في التحريم المسفوح ومن راى ان الاطلاق يقتضي حكما زائدا على التقييد وان
معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام اقوى من دليل
الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط في حرمة
الدم انما هو في دم الحيوان المذكى اعني انه الذي يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل
فان كل دم يسيل من الحيوان الحي فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل
وان ذكي فقليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا واما سبب اختلافهم في دم الحوت
فمعارضة العموم القياس اما العموم فقوله تعالى والدم واما القياس فما يمكن ان يتوهم
من كون الدم تابعا في التحريم لميتة الحيوان اعني ان ما حرمت ميتته حرم دمه وما حلت
ميتته حل دمه ولذلك راى مالك ان ما لا دم له فليس بميتة وقد تكلمنا في هذه المسالة
في باب الطهارة ويذكر الفقهاء في هذا حديثا مخصصا لعموم الدم وهو قوله عليه

الصلاة

الصلاة والسلام احلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب
المشهورة من كتب الحديث واما المحرمات لغيرها المختلف فيها فاربعة احدها
لحوم السباع من الطير وذوات الاربع والثاني لحوم ذوات الحافر الانسية والثالث
لحوم الحيوان المامور بقتله في الشرع والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها
بالطبع وحكى ابو حامد عن الشافعي انه يحرم لحم الحيوان المنهي عن قتله قال كالخطاف
والنحل فيكون هذا جنسا خامسا من المختلف فيه والنهي عن قتل الخطاف
حديث نوفل بن ... المسالة الاولى فاما السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك
انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور اصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك
في موطئه ما دليله انها عنده محرمة وذلك انه قال بعقب حديث ابي هريرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال اكل كل ذي ناب حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى
تحريمها ذهب الشافعي واشهب وابو حنيفة الا انهم اختلفوا في جنس السباع
المحرمة فقال ابو حنيفة كل ما اكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضب واليربوع
عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعي يوكل الضبع والثعلب وانما
السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالاسد والنمر والذئب فلا توكل عنده
واكل الهر يغيس في المذهب وجمهورهم على ان القرد لا يوكل ولا ينتفع به
وعند الشافعي ايضا ان الكلب حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهي عن سؤره
نجاسة عينه وسبب اختلافهم في تحريم لحم السباع من ذوات الاربع معارضة
الكتاب للاثر وذلك ان ظاهر قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم
يطعمه الاية ان ما عدا المذكور في هذه الاية حلال وظاهر الثابت من حديث ابي
ثعلبة الخشني انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب
من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم واما مالك فانما رواه

في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو السبب في المعارضة وهو أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك أن الحديث الأول قد يمكن الجمع
بينه وبين الآية بأن يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية وأما حديث أبي هريرة فليس
يمكن الجمع بينه وبين الآية إلا أن يعتقد أنه ناسخ للآية عند من رأى أن الزيادة نسخ
وأن القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حمل
لحوم السباع على الكراهية ومن رأى أن حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية وأن الزيادة
لا تقتضي نسخا حرم لحوم السباع ومن اعتبر أن الضبع والثعلب محرما فاستثنى لا بعموم
لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فبحديث ما رواه عبد الرحمن بن عمار قال
سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم قلت سمعت
ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال أبو عمر وهذا الحديث وإن كان انفرد
به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت وأما سائر السباع
فالجمهور على أنه حلال لمكان الآية المذكورة وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير إلا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان وإنما ذكره أبو داود وأما المسألة
الثانية وهي اختلافهم في ذوات الحافر الإنسي أعني الخيل والبغال والحمير فإن
جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الإنسية إلا ما روي عن ابن عباس وعائشة أنهما
كانا يبيحانها وعن مالك أنه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك
الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروي عن مالك وأما
الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة أنها محرمة وذهب الشافعي وأبو يوسف
ومحمد وجماعة إلى إباحتها والسبب في اختلافهم في الحمر الإنسية معارضة الآية المذكورة
للأحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

يوم خيبر

271

يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث
حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر وقال بأن الزيادة دون أن توجب
عنه نسخا وقد احتج من لم يحرمها بما روي عن أبي إسحاق الشيباني عن ابن أبي أوفى
قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادي
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اكفؤا القدور بما فيها قال أبو إسحاق فذكرت
ذلك لسعيد بن جبير فقال إنما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة وأما اختلافهم
في البغال فبسبب معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى والخيل والبغال والحمير
لتركبوها وزينة وقوله مع ذلك في الأنعام لتركبوا منها ومنها تأكلون للآية
الحاصرة للمحرمات لأنه يدل بمفهوم دليل الخطاب فيها أن المباح في البغال إنما
هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الحمار وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة
دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار
له لكن إباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي أن يعارض بقياس ولا بدليل
خطاب وأما المسألة الثالثة وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي
الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب
العقور فإن قوما فهموا من الأمر بالقتل مع النهي عن قتل البهائم المباحة
الأكل أن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوما فهموا
من ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأما الجنس
الرابع وهو الذي تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفات
فإن الشافعي حرمها وأباحها الغير وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ينطلق
عليه اسم الخبائث في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث فمن رأى أنها المحرمات
بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص

ومما راى الخبائث هو مما تستخبثه النفوس قال هي محرمة واما ما حكاه ابو حامد
عن الشافعي في تحريم الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف والنحل فلست ادري
اين وقعت الآثار الواردة بذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا واما الحيوان
البحري فان العلماء اجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان في البر
محرم فقال مالك لا باس باكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال انتم
تسمونه خنزيرا وبه قال ابن ابي ليلى والاوزاعي ومجاهد وجمهور العلماء الا ان منهم
من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث ابن سعد واما انسان
الماء وخنزير الماء فلا يوكلان على شيء من الحالات وسبب اختلافهم هل هو
يتناول لغة او شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب
ان يتطرق الخلاف الى اكل حيوان في البحر مشارك في الاسم لحيوان محرم في البر مثل
الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسألة يرجع الى احد امرين اما هل هذه
الاسماء لغوية والثاني هل للاسم المشترك عموم فان انسان الماء وخنزيره يقالان
مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم ان هذه الاسماء لغوية وان الاسم
المشترك عموم لزمه ان يقول بتحريمها ولهذا توقف مالك وقال انتم تسمونه
خنزيرا فهذه هي حال الحيوان المحرم الاكل في الشرع والحيوان المباح الاكل

كتاب الاشربة

واما النبات الذي هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر
الانبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ومن العسل نفسه اما الخمر
فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها اعني التي هي من عصير العنب واما
الانبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر واجمعوا ان المسكر منها
حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها
المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري
وابن

وابن ابي ليلى وشريك وابن شبرمة وابو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين واكثر علماء
البصريين ان المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين وسبب اختلافهم
تعارض الآثار والاقيسة في هذا الباب فللحجازيين في تثبيت مذهبهم
طريقتان الطريقة الاولى الآثار الواردة في ذلك والطريقة الثانية تسمية الانبذة
بأجمعها خمرا فمن اشهر الآثار في ذلك الذي تمسك به اهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن
شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة انها قالت سئل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام خرجه
البخاري وقال يحيى بن معين هذا اصح حديث روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان اما الاول فاتفق الكل
عليه واما الثاني فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذي وابو داود والنسائي عن
جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام
وهو نص في موضع الخلاف واما الاستدلال الثاني من ان الانبذة كلها تسمى خمرا
فلهم في ذلك طريقتان احداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاشتقاق والثانية
من جهة السماع فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند اهل
اللغة ان الخمر انما سميت خمرا لمخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق لغة
اسم الخمر على كل ما خامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف
بين الاصوليين وهي غير مرضية عند الخراسانيين واما الطريقة الثانية التي
من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا ان الانبذة تسمى في اللغة خمرا
فانها تسمى خمرا شرعا واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روى ابو هريرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة
وبما روي عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خمرا وان من العسل

خمرا ومن الزبيب خمرا ومن الحنطة خمرا وانا انهاكم عن كل مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين
في تحريم الانبذة واما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى
ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا وبآثار
رووها في هذا الباب وبالقياس المعنوي فاما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا
ان السكر هو المسكر ولو كان محرما لما سماه الله رزقا حسنا واما الآثار التي
اعتمدوها في هذا الباب فمن اشهرها عندهم حديث ابي عون الثقفي عن عبد الله بن
شداد عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرمت الخمر بعينها والسكر
من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التاويل وضعفه اهل الحجاز لان بعض رواته
روى عنه [illegible] والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك
بن حرب باسناده عن ابي بردة عن ابي ايوب بن نيار قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اني كنت نهيتكم عن الشراب في الاوعية فاشربوا فيما بدا لكم
ولا تسكروا خرجه الطحاوي ورووا عن ابن مسعود انه قال شهدت تحريم
النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن ابي موسى
قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم انا ومعاذا الى اليمن فقلنا يا رسول الله
ان بها شرابين يصنعان من البر والشعير احدهما يقال له المزر والآخر يقال له
البتع فما نشرب فقال عليه الصلاة والسلام اشربا ولا تسكرا خرجه الطحاوي
ايضا الى غير ذلك من الآثار التي ذكروها في هذا الباب واما احتجاجهم من جهة
النظر فانهم قالوا قد نص القرآن ان علة التحريم في الخمر انما هي الصد عن ذكر
الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم
العداوة والبغضاء في الخمر والميسر وهذه العلة انما توجد في القدر المسكر
لا فيما دون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع

من تحريم

من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو
القياس الذي نبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من اهل النظر حجة
الحجازيين من طريق السمع اقوى وحجة العراقيين من طريق القياس اظهر
واذا كان هذا كما قلنا فيرجع الخلاف الى اختلافهم في تغليب الاثر على القياس
او تغليب القياس على الاثر اذا تعارضا وهي مسألة مختلف فيها لكن الحق ان الاثر
اذا كان نصا ثابتا فالواجب ان يغلب على القياس واما اذا كان ظاهر اللفظ محتملا
للتاويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتاول اللفظ او يغلب
ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك يختلف بحسب قوة لفظ لفظ من
الالفاظ الظاهرة وقوة قياس قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك
الفرق بينهما الا بالذوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما
كان الذوقان على التساوي ولذلك كثر الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس
كل مجتهد مصيب والذي يظهر لي والله اعلم ان قوله عليه الصلاة والسلام
كل مسكر حرام وان كان يحتمل ان يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر
فان ظهوره في تعليق التحريم بالجنس اغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان
معارضة ذلك القياس له على ما تأوله عليه الكوفيون فانه لا يبعد ان يحرم الشارع
قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة وتغليظا مع ان الضرر انما يوجد في الكثير
وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت
فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك
هذا ان لم يسلموا صحة قوله عليه الصلاة والسلام ما اسكر كثيره فقليله
حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفكاكا فانه نص في موضع الخلاف ولا يصح

ان تعارض النصوص بالمقاييس وايضا فان الشرع قد اخبر ان في الخمر مضرة ومنفعة
فقال تعالى قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس وكان القياس اذا قصد الجمع بين
انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع
حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر كذلك
في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر الا ان يثبت في ذلك فارق شرعي واتفقوا على ان الانتباذ
حلال ما لم تحدث فيه الشدة المطربة لقوله عليه الصلاة والسلام فانتبذوا
وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذ وانه كان
يشربه في اليوم الثاني والثالث واباحة الانتباذ بعد النهي عنه قد دل دلالة بينة
على تحليل الشربة الحادثة في النبيذ ما لم تبلغ الى حد السكر وهذا مفهوم من
كلام الحديث والا لم يكن لاباحة الانتباذ بعد النهي عنه معنى واختلفوا من ذلك في
مسئلتين احداهما في الاواني التي ينتبذ فيها وفي انتباذ شيئين مثل البسر والرطب
والتمر والزبيب فاما المسئلة الاولى فانهم اجمعوا على جواز الانتباذ في الاسقية واختلفوا
فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولم يكره غير
ذلك وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت وقال ابو حنيفة و
اصحابه لا باس بالانتباذ في جميع الظروف والاواني وسبب اختلافهم اختلاف الاثار
في هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباذ في الاربع التي ذكرها الثوري
وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان ينتبذ
في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم من طريق شريك عن
سماك انه قال كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن راى ان النهي
المتقدم الذي نسخ انما كان الانتباذ في هذه الاواني اذ لم يعلم ههنا نهي متقدم غير ذلك قال

لايجوز

لا يجوز الانتباذ في كل شيء ومن قال ان النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهيا عن الانتباذ
مطلقا قال بقي النهي عن الانتباذ في هذه الاواني فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر
قال بالاثنين المذكورين فيه ومن اعتمد في ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة
لانه يتضمن زيادة والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر انما هي من باب دليل الخطاب
وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباذ في الحنتم وفيه انه رخص لهم فيه اذا كان غير مزفت
واما المسالة الثالثة وهي انتباذ الخليطين من الاشياء التي تقبل الانتباذ فان
الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شانها ان تقبل الانتباذ وقال
قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا
يقبلان الانتباذ فيما احسب الان وسبب اختلافهم تردد النهي في محل النهي الوارد
في ذلك هل هو على الكراهة او على الحظر واذا قلنا على الحظر فهل يدل على فساد المنهي
عنه ام لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن ان يخلط التمر والزبيب والزهو
والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه الصلاة والسلام لا تنتبذوا الزهو
والزبيب جميعا ولا الزبيب والتمر جميعا وانتبذوا كل واحد منهما على حدته فيتخرج
في ذلك بحسب التاويل الثلاثة الاقوال قول بتحريمه وقول بتحليله مع الاثم في الانتباذ
وقول بكراهة ذلك لكنه يعسر ههنا تعلق الاثم بالفعل وبتاويل العين
لكون الخليطين من المشروبات فالكلام من امر النهي في هذا الجنس انه يدل على فساد
المنهي واما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الامر بالانتباذ في حديث
ابي سعيد الخدري واما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع
هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في النبيذ واما ان يكون تمسك بعموم
ما ورد انه نهى عن الخليطين واجمعوا على ان الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز اكلها واختلفوا
اذا قصد تخليلها على ثلاثة اقوال التحريم والكراهة والاباحة وسبب اختلافهم

معارضة القياس للأثر واختلافهم في مفهوم الأثر وذلك أن أبا داود خرج من حديث أنس
بن مالك أن أبا طلحة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا فقال أهرقها
قال أفلا أجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهة
ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويتخرج على هذا التحريم أيضا على
مذهب من يرى أن النهي يدل على فساد المنهي والقياس المعارض لحمل
الخل على التحريم أنه قد علم من ضرورة الشرع أن الأحكام إنما هي للذوات
المختلفة وذوات الخمر غير ذات الخل والخل بإجماع حلال فإذا انتقلت
ذات الخمر إلى ذات الخل وجب أن يكون حلالا كيفما انتقل إلا أن يكون على
جهة التصييق الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار والأصل
في هذا الباب قوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه
والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فأما
السبب فهو ضرورة التغذي أعني إذا لم يجد شيئا حلالا يتغذى به وهو لا خلاف
فيه والسبب الثاني طلب البرء وهذا مختلف فيه فمن أجازه احتج بإباحة
النبي صلى الله عليه وسلم الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به وأمره صلى الله
عليه وسلم للعرنيين بشرب أبوال الإبل لكن هذا إنما يصح على منجس الأبوال
كلها وهو مذهب الشافعي ومن منعه فلقوله عليه الصلاة
والسلام إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح
فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الخمر عندهم هو من قبل
التداوي بها لا من قبل استعمالها في التغذي ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها
إن كان منها ري وللشرق أن يزيل الشرق بها وأما مقدار ما يأكل من الميتة وغيرها
فإن مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعي

وأبو حنيفة

وأبو حنيفة لا يأكل منها إلا ما يمسك الرمق وبه قال بعض أصحاب مالك وسبب
الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أو ما يمسك الرمق فقط
والظاهر أنه جميعها لقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه واتفق
مالك والشافعي على أنه لا يحل للمضطر أكل الميتة إذا كان عاصيا بسفره لقوله
تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد وذهب غيرهما إلى جواز ذلك كمل كتاب الا شربة
والأطعمة وبتمامه تم السفر الأول من الديوان بحمد الله تعالى وحسن عونه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر
في خمسة أبواب الباب الأول في مقدمات النكاح الباب الثاني في موجبات
صحة النكاح الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح الباب الرابع
في حقوق الزوجية الباب الخامس في الأنكحة المنهي عنها والفاسدة
الباب الأول وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح
وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج فأما حكم النكاح فقال
هو مندوب إليه وهم الجمهور وقال أهل الظاهر هو واجب وقالت
المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه
وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب النسل
اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من
وفي قوله عليه السلام تناكحوا فإني مكاثر بكم الأمم وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة
في ذلك على الوجوب أو على الندب أو على الإباحة فأما من قال إنه في حق بعض الناس
واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات إلى المصلحة
وهذا النوع من القياس يسمى المرسل وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه
وقد أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به وأما خطبة النكاح المروية
عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة
وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه السلام على الوجوب أو على الندب وأما الخطبة

على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل
يدل ذلك على فساد المنهي عنه او لا يدل وان كان يدل ففي اي حالة يدل فقال داود
يفسخ وقال الشافعي وابو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا وثالث وهو
انه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعد الدخول وقال ابن القاسم انما معنى النهي
اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح واما ان كان الاول غير صالح والثاني صالح
جاز واما الوقت فعند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا في اول الخطبة بدليل
حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت
له ان ابا جهم بن حذيفة ومعاوية بن ابي سفيان خطباها فقال اما ابو جهم فرجل
لا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي اسامة
بن زيد واما النظر الى المراة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك للوجه والكفين فقط
واجاز ذلك غيره الى جميع البدن سوى السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق
واجاز ابو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين والسبب في اختلافهم
انه ورد الامر بالنظر مطلقا وورد المنع مطلقا وورد مقيدا اعني بالوجه والكفين
على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها انه
الوجه والكفان وعلى جواز كشفهما في الحج عند الاكثر فمن اجاز النظر الى جميع البدن
اخذ بعموم الامر بالنظر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

الباب الثاني

في موجبات صحة النكاح وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة
اركان الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد الركن الثاني في معرفة محل هذا
العقد الركن الثالث في معرفة شروط هذا العقد الركن الاول في الكيفية والنظر في
هذا الركن في مواضع اربعة في كيفية الاذن المنعقد به وممن المعتبر رضاه في لزوم
هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار او لا يجوز وهل ان تراخى القبول من احد المتعا
قدين لزم العقد او لا وهل من شرط هذا العقد الفور ام لا الموضع الاول الاذن في النكاح
على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وفي الابكار

المستاذنات

المستاذنات واقع بالسكوت اعني بالرضى واما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة
الا ما حكي عن اصحاب الشافعي ان اذن البكر اذا كان المنكح غير اب ولا جد بالنطق وانما
صار الجمهور الى ان الاذن بالصمت للثابت من قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها
والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن
اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة او بلفظ البيع او الى
الصدقة الا بلفظ النكاح او التزويج وسبب اختلافهم هو هل هو عقد يعتبر فيه
مع النية اللفظ الخاص به او ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن الحقه بالعقود التي يعتبر فيها
الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح او التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه
اجاز النكاح باي لفظ اتفق اذا افهم المعنى الشرعي اعني انه اذا كان بينه وبين
المعنى الشرعي مشاركة الموضع الثاني واما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه
يوجد في الشرع على ضربين احدهما يعتبر فيه رضى المتناكحين انفسهما اعني
الزوج والزوجة اما مع الولي واما دونه على مذهب من لا يشترط الولي والثاني
يعتبر فيه رضى الاولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا
عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها واصولها فنقول
اما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر انفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط
رضاهم وقبولهم في صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده
والوصي محجوره البالغ ام ليس يجبره فقال يجبر السيد عبده على النكاح وبه
قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق
السيد ام ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في
ذلك موجود في المذهب وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له
ام ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي ان لا يتوقف
في ذلك واما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب
البالغ لقوله عليه السلام والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري
واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب غير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد فاما

البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن ابي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال ابو حنيفة
والثوري والاوزاعي وابو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة
على احد القولين عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك ان ما روي
عنه عليه الصلاة والسلام من قوله لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستامر اليتيمة في نفسها خرجه
ابو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه السلام
في حديث ابن عباس المشهور والبكر تستامر يوجب بعمومه استيمار كل بكر والعموم
اقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو انه قال عليه
السلام والبكر يستامرها ابوها وهو نص في موضع الخلاف واما الثيب غير البالغ فان
مالكا وابا حنيفة قالا يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال
المتاخرون في المذهب فيها ثلاثة اقوال قول ان الاب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق
وهو قول اشهب وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها
وان لم تبلغ وهو قول ابي تمام والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه اهل مسائل الخلاف
كابن القصار وغيره عنه وسبب اختلافهم ايضا معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك
ان قوله عليه السلام تستامر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه
ان ذات الاب لا تستامر الا ما اجمع عليه الجمهور من استيمار الثيب البالغ وعموم
قوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله
لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعي
ولاختلافهم في هاتين المسالتين سبب اخر وهو استنباط القياس من موضع
الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لا يجبر الثيب البالغ
الا خلافا شاذا فيهما كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال
الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال يجبر البكر البالغ ولا يجبر الثيب الصغيرة
ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ و
الثيب غير البالغ والتعليل الاول تعليل ابي حنيفة والثاني تعليل الشافعي والثالث
تعليل مالك والاصول اكثر شهادة لتعليل ابي حنيفة واختلفوا في الثيوبة التي ترفع

الاجبار

الاجبار وتوجب النطق بالرضى ما هي فذهب مالك وابو حنيفة الى انها الثيوبة التي تكون
بنكاح صحيح او شبهة نكاح او ملك وانها لا تكون بزنى ولا بغصب وقال الشافعي
كل ثيوبة ترفع الاجبار وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم في قوله عليه السلام
الثيب احق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية ام بالثيوبة اللغوية واتفقوا
على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستامرها
لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عايشة بنت ست او سبع وبنى بها
بنت تسع بانكاح ابي بكر ابيها رضي الله عنه الا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة
واختلفوا من ذلك في مسالتين احداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب والثانية هل يزوج
الصغير غير الاب فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب ام لا فقال الشافعي يزوجها الجد
ابو الاب والاب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط او من جعل له الاب ذلك
اذا عين الزوج الا ان يخاف عليها الضيعة والفساد وقال ابو حنيفة يزوج الصغيرة
كل من له عليها ولاية من اب او قريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت وسبب اختلافهم
معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه السلام والبكر تستامر واذنها صماتها
يقتضي العموم في كل بكر الا ذات الاب التي خصصها الاجماع الا الخلاف الذي ذكرناه وكون
سائر الاولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب ان يلحقوا بالاب في هذا
المعنى فمنهم من الحق به جميع الاولياء ومنهم من الحق به الجد فقط لانه في معنى الاب اذ كان
ابا اعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب رأى ان ما للاب في ذلك غير موجود لغيره
اما من قبل ان الشرع خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرافة والرحمة لا يوجد
في غيره وهو الذي ذهب اليه مالك رضي الله عنه وما ذهب اليه اظهر والله اعلم الا ان يكون
هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الاباء لقوله تعالى وان خفتم
الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء قالوا واليتيم لا ينطلق
الا على غير البالغة بدليل قوله عليه السلام تستامر اليتيمة والمستامرة هي من

الاذن وفي البالغ فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد
احتج ايضا من لم يجز انكاح غير الاب لها بقوله عليه السلام تستامر اليتيمة في نفسها
قالوا والصغيرة ليست من اهل الاستيمار باتفاق فوجب المنع ولاولئك ان يقولوا
ان هذا حكم اليتيمة التي هي من اهل الاستيمار واما الصغيرة فمسكوت عنها واما
هل يزوج الولي غير الاب الصغير فان مالكا اجازه للولي وابا حنيفة اجازه للاولياء
الا ان ابا حنيفة اوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس
لغير الاب انكاحه وسبب اختلافهم قياس غير الاب في ذلك على الاب فمن راى ان الاجتهاد
الموجود فيه الذي جاز للاب ان يزوج الصغير به لا يوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن راى
انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك
الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المراة ولذلك جعل ابو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا واما الموضع
الثالث وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال ابو ثور
يجوز والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع
التي يجوز فيها الخيار واما تراخي القبول في العقد من احد الطرفين فاجاز مالك من ذلك
التراخي اليسير ومنعه قوم واجازه قوم وذلك مثل ان ينكح الولي امراة بغير اذنها
فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقا الشافعي وممن اجازه مطلقا ابو حنيفة
واصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمالك وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد
وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا ام ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف
عرض في البيع الركن الثاني في شروط العقد وفيه ثلاثة فصول الفصل الاول في
الاولياء الثاني في الشهود والثالث في الاصداق الفصل الاول والنظر في الاولياء في مواضع اربعة
الاول في اشتراط الولاية في صحة النكاح الموضع الثاني في صفة الولي الثالث في اصناف الاولياء
وترتيبهم في الولاية وما يتعلق بذلك الرابع في عضل الاولياء ولمن تنتقل وحكم الاختلاف
الواقع بين الولي والمولى عليه الموضع الاول اختلف العلماء هل الولاية شرط من

صحة

صحة النكاح او ليست بشرط فذهب مالك الى انه لا يكون نكاح الا بولي وانها شرط في الصحة
في رواية اشهب عنه وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة وزفر والشعبي والزهري
اذا عقدت المراة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال
باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك
في الولاية قول رابع وهو ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روي عنه انه كان يرى الميراث
بين الزوجين بغير ولي وانه يجوز للمراة غير الشريفة ان تستخلف رجلا من الناس على انكاحها
وكانه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من اصحاب
مالك اعني انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام وسبب الاختلاف انه
لم تات آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن ان يكون في ذلك نص بل
الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة
وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي ايضا محتملة في ذلك و
الاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط
لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان
ونبين وجه الاحتمال في ذلك فمن اظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله
تعالى فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن قالوا وهذا خطاب للاولياء
ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين قالوا وهذا
ايضا خطاب للاولياء ومن اشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن
عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها
باطل ثلاث وان دخل بها فالمهر لها بما اصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من
لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن واما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب
والسنة فقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف قالوا وهذا دليل
على جواز تصرفها في العقد على نفسها وقد اضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب
الفعل فقال ان ينكحن ازواجهن وقال حتى تنكح زوجا غيره واما من السنة

فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام الايم احق
بنفسها من وليها والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع
فاما قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن فليس فيه اكثر من نهي قرابة المرأة
وعصبتها من ان يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم
في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا لا بوجه من وجوه ادلة الخطاب الظاهرة او النص
بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك
قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا هو ان يكون خطابا لاولي الامر من المسلمين
احرى منه ان يكون خطابا للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء او لاولي
الامر فمن احتج بهذه الاية فعليه البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في اولي الامر فان
قلنا هذا عام والعموم يشمل ذوي الامر والاولياء قيل هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع
والمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن اصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء
يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر اصناف
الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تاخيره عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله
شرع معروف لنقل تواترا او قريبا من التواتر لان هذا المعنى مما يعم به البلوى ومعلوم
انه كان في المدينة من لا ولي لها ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد انكحتهن
ولا ينصب لذلك من يعقدها وايضا فان المقصود من الاية ليس هو حكم الولاية وانما
المقصود منها تحريم نكاح المشركات والمشركين وهذا ظاهر والله اعلم واما حديث
عائشة رضي الله عنها فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والاظهر ان ما لم يتفق عليه
بالصحة انه لا يجب العمل به وايضا فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه اشتراط
الولي لمن لها ولي اعني المولى عليها وان سلمنا انه عام في كل امرأة فليس فيه ان المرأة
لا تعقد على نفسها اعني ان لا تكون هي التي تلي العقد بل الاظهر منه انه اذا اذن الولي
لها جاز ان تعقد على نفسها دون ان يشترط في صحة النكاح اشهاد الولي معها واما
ما احتج به الفريق الاخر من قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف

فا

فالمفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون اوليائهن وليس
هاهنا شيء يمكن ان تستبد به المرأة دون الولي الا عقد النكاح فظاهر هذه الاية والله
اعلم ان لها ان تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهذا هو الظاهر من
الشرع واما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو
الاختصاص الا ان يقوم الدليل على خلاف ذلك واما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق
بين الثيب والبكر الا انه اذا كان كل واحدة منهما تستاذن ويتولى العقد عليهما الولي
فبماذا ليت شعري تكون الايم احق بنفسها من وليها ويحتمل ان تكون التفرقة بينهما
في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا في العقد والاحتجاج بقوله
تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف هو اظهر في ان المرأة تلي العقد
من الاحتجاج بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا على ان الولي هو الذي يلي
العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج
عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على
ذلك ان الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا ايضا بحديث
ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا
ايضا في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه السلام ام سلمة وامره لابنها ان ينكحها اياه
واما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل وذلك انه يمكن ان يقال ان الرشد اذا
وجد في المرأة اكتفي به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبه ان يقال
ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير المال فاحتاط الشرع بان
جعلها محجورة في هذا المعنى على التابيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير
موضع كفء يتطرق الى اوليائها ولكن يكفي في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة
والمسألة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط

الولاية ليس جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم فلأن تأخير البيان عن وقت
الحاجة وقد كان عموم البلوى في هذه المسألة أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله
عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين إما أنه ليست
الولاية شرطا في صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة في ذلك وإما إن كانت شرطا
فليست من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول
من يبطل عقد الولي مع وجود الأقرب الموضع الثاني وأما النظر في الصفات
الموجبة للولاية والسالبة لها فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ
والحرية والذكورية وأن سوالبها أضداد هذه أعني الكفر والصغر والعبودية والأنوثة
واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فأما العبد فالأكثر على منع ولايته
وجوزها أبو حنيفة وأما الرشد فالمشهور في المذهب أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك
ليس من شرطها أعني الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي وأشهب وأبو مصعب
وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى أنه قد يوجد الرشد في هذه
الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطها أن يكون رشيدا في المال ومن رأى أن ذلك
ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعني أن الرشد في المال
غير الرشد في اختيار الكفاءة وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للغير
أعني هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفء وقد يمكن أن يقال
إن الحالة التي بها يختار الأولياء لوليتهم الكفء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق
العار بهم وهذه موجودة بالطبع والعدالة مكتسبة ولنقص العبد دخل الخلاف
في ولايته كما دخل في شهادته الموضع الثالث وأما أصناف الولاية عند
القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الإسلام عند
مالك صفة تقتضي الولاية على الدنية واختلفوا في الوصي فقال مالك يكون الوصي

وليا

وليا ومنع ذلك الشافعي وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب
فيها أو ليس يمكن ذلك ومن هذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة والإيصاء
لأن الوصي وكيل بعد الموت إلا أن الوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية
من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن فمن كان عنده أقرب عصبة
كان أحق بالولاية فالأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ثم الجدود للأب وإن
علوا ثم الإخوة للأب والأم ثم الإخوة للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط
ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى
عنده أحق من الأسفل والوصي عنده أولى من النسب أعني وصي الأب واختلف أصحابه
فيمن أولى وصي الأب أو ولي النسب فقال ابن القاسم الوصي أولى مثل قول مالك وابن
الماجشون وابن عبد الحكم الولي أولى وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا
وفي تقديم الإخوة على الجد فقال الولاية للأب وروي عن مالك أن الأب أولى من الابن
وهو الأحسن وقال أيضا الجد أولى من الأخ وبه قال المغيرة فالشافعي اعتبر التعصيب
أعني أن الولي ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي
من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله
عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها إياه ولأنهم اتفقوا أعني مالكا والشافعي على أن الابن
يرث الولاء الواجب للأم والولاء عندهم للعصبة وسبب اختلافهم في الجد هو
اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الأخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل
مشهورة أحدها إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب والثانية إذا غاب الأقرب
هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان والثالثة إذا غاب الأب عن ابنته
البكر هل تنتقل ولايته أو لا تنتقل فأما المسألة الأولى فاختلف فيها قول
مالك مرة فقال إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح

جاز، ومن قال للأقرب أن يجيز أو يفسخ. وهذا الخلاف كله عندهم فيما عدى
الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته، فإنه لا يختلف قولهم أن النكاح في هذين مفسوخ
أعني تزويج غير الأب البكر مع حضور الأب، أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي. وقال
الشافعي لا ينعقد أصلا مع حضور الأب، لا في بكر ولا ثيب. وسبب هذا الاختلاف هو هل
الترتيب حكم شرعي، فمن قال يجوز نكاح الأبعد مع الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي أعني ثابتا في
الشرع في الولاية أو ليس بحكم شرعي، وإن كان حكما شرعيا فهل ذلك حق من حقوق
الولي الأقرب أو أنه حق من حقوق الله، فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح
الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي أعني ثابتا في الشرع ورأى أنه حق للولي قال
النكاح منعقد، فإن أجازه الولي جاز، وإن لم يجزه انفسخ، ومن رأى أنه حق لله قال
النكاح غير منعقد. وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب، أعني أن يكون هذا النكاح
منفسخا غير منعقد. وأما المسألة الثانية فإن مالكا يقول إذا غاب الولي الأقرب
انتقلت الولاية إلى الأبعد، وقال الشافعي تنتقل إلى السلطان. وسبب اختلافهم هل
الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا، وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت. وأما
المسألة الثالثة وهي غيبة الأب عن ابنته البكر، فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا،
وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه والعلم، وحاجة
البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون، وإما الأمرين
جميعا. فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع
أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لا تزوج، وإن دعت
فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه. واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه إذا كان
بعيدا، فقيل تزوج وهو قول مالك، وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن
وهب. وأما إن عدمت النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج في هذه الأحوال

الثلاثة

الثلاثة، أعني في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه. وكذلك إن اجتمع الأمران إذا
كانت في غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك. ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة
القريبة المعلومة المكان لمكان إمكان مخاطبته. وليس يبعد عندي بحسب النظر المصلحي
الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال إن خاف الفوت وخشي السلطان عليها
الفساد زوجت وإن كان الموضع قريبا. وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور
الأقرب، فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما، فإنه لا يخلو أن يكون
قد تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكون عقدا معا، ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم
أو لا يعلم. فأما إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها
واحد منهما. واختلفوا إذا دخل الثاني، فقال قوم هي للأول، وقال قوم هي
للثاني، وهو قول مالك وابن القاسم، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم.
وأما إن نكحها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف. وسبب الخلاف في اعتبار
الدخول أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس، وذلك أنه قد روي أنه عليه السلام
قال أيما امرأة أنكحها وليان فهي للأول منهما، فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول
دخل بها الثاني أو لم يدخل، ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة في البيع المكروه
وهو ضعيف. وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ، وقال مالك يفسخ ما لم يدخل
أحدهما. وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان الزوج، وهو شاذ. وقد روي عن
عمر بن عبد العزيز رحمه الله. الموضع الرابع في عضل الأولياء. واتفقوا على أنه
ليس للولي أن يعضل وليته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها، وأنها ترفع أمرها إلى
السلطان فيزوجها، ما عدا الأب فإنه اختلف فيه المذهب. واختلفوا بعد هذا
الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك، وهل صداق المثل منها أم لا. وكذلك اتفقوا
على أن للمرأة أن تمنع نفسها من النكاح ممن له من الأولياء جبر إذا لم تكن فيه
الكفاءة موجودة، كالأب في ابنته البكر وفي غير البالغ فباتفاق، وأما البالغ والثيب

الصفة فيه اختلاف على ما تقدم وكذلك الوصي في تحويره على القول في الجبر وأما الكفاءة
فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين
ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع
نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك إن زوجها ممن ماله حرام أو ممن
هو كثير الحلف بالطلاق واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي اليسار
وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب وأنه احتج
لذلك بقوله تعالى إن أكرمكم عند الله أتقاكم وقال سفيان الثوري وأحمد
لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تزوج قرشية إلا من قرشي ولا
عربية إلا من عربي والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام
تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك
فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه السلام فعليك بذات الدين تربت
يمينك ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لا يخرج من
ذلك إلا ما أخرجه الإجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح
من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا يكون الحسب معتبرا بجهة ما ولم
يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر أعني إذا كان
فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة
وأما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الأمة إذا أعتقت
وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة وأن للأب أن ينكح
ابنته بأقل من مهر المثل أعني البكر وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء
فيه مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة وسبب اختلافهم إملاك الأب
فلا اختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم ليس له ذلك وإنما
في الثيب وسبب اختلافهم هل تقع عقدة الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة

كما تقع

كما تقع عنها في التصرف في النكاح والصداق من أسبابه ومن كان هذا القول أخلق
ليس يشترط الولاية مما لم يشترط فيها لكن أتى الأمر بالعكس ويتعلق بأحكام
الولاية مسألة مشهورة وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أو لا يجوز
ذلك فمنع ذلك الشافعي قياسا على الحاكم والشاهد أعني أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد
لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة إلا ما روي من أنه عليه السلام تزوج أم سلمة
بغير ولي لأن ابنها كان صغيرا وما ثبت أنه عليه السلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها
والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي صلى الله عليه وسلم أنها على الخصوص حتى يدل
الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد
قولهم في الإمام الأعظم **الفصل الثاني في الشهادة** واتفق أبو حنيفة والشافعي
ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند
الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر واختلفوا إذا أشهد
شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال
أبو حنيفة والشافعي ليس بسر وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم المقصود
منها سد ذريعة الاختلاف والإنكار فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط
الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس
لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس
رأى هذا داخلا في باب الإجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روي مرفوعا ذكره
الدارقطني وذكر أن في مسنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة
فاسقين لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة
تتضمن المعنيين أعني الإعلان والقبول ولذلك اشترط فيهما العدالة وأما مالك
فليس يتضمن عنده الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتمان وسبب

اختلافهم هل ما يقع فيه شهادة ينطلق عليه اسم السر او لا والاصل في اشتراط الاعلان
قول النبي صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه ابو داود
وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود
من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روي عنه انه تزوج
بغير شهادة ثم اعلن النكاح الفصل الثالث في الصداق والنظر في الصداق في ستة مواضع
الموضع الاول في حكمه واركانه الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة الموضع الثالث
في تشطيره الموضع الرابع في التفويض وحكمه الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة
وحكمها الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق الموضع الاول وهذا الموضع
فيه اربع مسائل الاولى في حكمه الثانية في قدره الثالثة في جنسه ووصفه الرابعة في تأجيله
المسئلة الاولى اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وانه لا يجوز
التواطؤ على تركه لقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقوله تعالى فانكحوهن باذن
اهلهن وآتوهن اجورهن المسئلة الثانية واما قدره فانهم اتفقوا على انه ليس
لاكثره حد واختلفوا في اقله فقال الشافعي واحمد واسحق وابو ثور وفقهاء المدينة من
التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز ان يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز ان يكون صداقا وبه
قال ابن وهب من اصحاب مالك وقالت طائفة بوجوب تحديد اقله وهؤلاء اختلفوا في المشهور
في ذلك مذهبان احدهما مذهب مالك واصحابه والثاني مذهب ابي حنيفة واصحابه فاما
مالك فقال اقله ربع دينار من الذهب او ثلاثة دراهم كيلا من فضة او ما يساوي الدراهم
الثلاثة اعني دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل او ما يساوي احدهما وقال ابو حنيفة
عشرة دراهم اقله وقيل خمسة دراهم وقيل اربعون درهما وسبب اختلافهم في التقدير
سببان احدهما تردده بين ان يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل
كان او بالكثير كالحال في البيوعات ومن جهة انه لا يجوز التراضي على

اسقاطه بشبه العبادة والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقتضي التحديد
فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة واما الاثر الذي يقتضي مفهومه عدم
التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت
قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم هل معك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري فقال صلى الله
عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما اجد شيئا
فقال عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد
شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة
كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انكحتكها بما معك
من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه
لا قدر لاقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا
استدلال بين كما ترى مع ان القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته
وذلك انه انبنى على مقدمتين احداهما ان الصداق عبادة والثانية ان العبادة موقتة
وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى في الشرع من العبادات ما ليست موقتة
بل الواجب فيها هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وايضا فانه ليس فيه شبه العبادة خالصا
وانما صار الذين حدوا هذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال ان يكون ذلك الاثر خاصا بذلك
الرجل لقوله فيه قد انكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض
رواياته انه قال عليه الصلاة والسلام قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام
فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا اصلا يقيسون عليه قدر الصداق
لم يجدوا شيئا اقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وكذلك ان

القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا هو عضو مستباح بمال فوجب أن يكون مقدرا
أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل أن الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك
الاسم وذلك أن القطع غير الوطء وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة و
الأذى ونقص خلقة وهذه استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه
أن يكون الذي به يشابه الفرع والأصل شيئا لا باللفظ بل المعنى وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة
الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه
اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكنهم لم يستعملوا هذا القياس في إثبات
التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف وإنما استعملوه في تعيين قدر
التحديد وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم
التحديد ما خرجه الترمذي أن امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ملكت نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال فيه هو حديث حسن صحيح ولما
اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب
السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لأنه النصاب في السرقة وقال ابن شبرمة
هو خمسة دراهم لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق
محدودا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا مهر
بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع
هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند
أهل الحديث فإنه يرويه فيما قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر ومبشر
والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابرا ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض
لحديث سهل بن سعد المسألة الثالثة أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن
يكون عوضا واختلفوا من ذلك في مكانين في النكاح بالإجارة وفي جعل عتق أمته صداقها

اما النكاح

أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال قول بالإجازة وقول بالمنع وقول
بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من
أصحابه أصبغ وسحنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا في العبد
فإن أبا حنيفة أجازه وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا
حتى يدل الدليل على ارتفاعه أو الأمر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى
إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج الآية ومن قال ليس بلازم
قال لا يجوز النكاح بالإجارة والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك
على الإجارة وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول وذلك تخالف (مستثناة)
فيه الأصم وابن علية وذلك أنما هو في عين معروفة ثابتة بعينها معروفة
ثابتة والإجارة هي عين ثابتة في مقابلة حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة
بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر وأما كون
العتق صداقا فإنه منعه جمهور فقهاء الأمصار ما عدا داود وأحمد وسبب اختلافهم
معارضة الأثر الوارد في ذلك الأصول أعني ما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم
أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال أن يكون هذا خاصا به صلى الله
عليه وسلم لكثرة اختصاصه في هذا الباب ووجه معارضته الأصول أن العتق
إزالة ملك والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر إذ لأنها إذا أعتقت
ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي إنها إن كرهت زواجه
غرمت له قيمتها لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها بشرط
الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله صلى الله عليه وسلم ولو كان غير جائز
لغيره لنبه عليه والأصل أن أفعاله لازمة لنا إلا ما قام الدليل على خصوصه وأما صفة
الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف أعني المنضبط
جنسه وقدره بالوصف واختلفوا في العرض غير الموصوف ولا المعين مثل أن يقول

انكحتها على عبد او خادم ما على ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته وقال مالك وابو حنيفة
يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط
مما سمى وقال ابو حنيفة يجبر على القيمة وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك
مجرى البيع من القصد في التشاح او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه في الاكثر ذلك
المكارمة فمن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير
موصوف كذلك النكاح لا يجوز ومن قال ليس يجري مجراه اذ المقصود منه انما هو
المكارمة قال يجوز واما التاجيل فان قوما لم يجيزوه اصلا وقوما اجازوه واستحبوا
ان يقدم شيئا منه اذا اراد الدخول وهو مذهب مالك والذين اجازوا التاجيل منهم
من لم يجزه الا لأمد محدود وقدر هذا البعض وهو مذهب مالك ومنهم من اجازه لموت
او فراق وهو مذهب الاوزاعي وسبب الخلاف هل يشبه النكاح البيع في التاجيل او لا
يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التاجيل لكونه عبادة الموضع الثاني في النظر في التقرر
واتفق العلماء على ان الصداق يجب كله بالدخول او الموت اما وجوبه بالدخول
فلقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا
تاخذوا منه شيئا الآية واما وجوبه بالموت فلا اعلم الآن دليلا مسموعا الا انعقاد
الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس ام ليس ذلك
من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذي يعنون بارخاء الستور فقال مالك
والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال
ابو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرما او مريضا او صائما في رمضان
او كانت المراة حائضا وقال ابن ابي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا
وسبب الخلاف في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك انه نص تبارك
وتعالى في المدخول بها على ان المنكوحة انه ليس يجوز ان يوخذ من صداقها شيء في قوله
وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض ونص في المطلقة قبل المسيس ان لها

نصف

نصف الصداق فقال تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة
فنصف ما فرضتم وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين اعني قبل
المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهرا ان الصداق
لا يجب الا بالمسيس والمسيس ها هنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل
ان يحمل على اصله في اللغة وهو اللمس ولعل هذا هو الذي تاولت الصحابة ولذلك
قال مالك في امراة العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول
مقامه معها فجعل لها دون الجماع تاثيرا في ايجاب الصداق واما الاحكام الواردة
في ذلك عن الصحابة فهو ان من اغلق بابا او ارخى سترا فقد وجب عليه الصداق ولم يختلف
عليهم في ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلفا في المسيس
اعني القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل ان تدعي هي المسيس وينكر هو فالمشهور
عن مالك ان القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم
تصدق وقيل ان كانت بكرا نظر اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة اقوال
وقال الشافعي واهل الظاهر القول قوله وذلك انه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر
في وجوب اليمين المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو اقوى شبهة
في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي اذا كان اقوى شبهة وهذا الخلاف
يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل او غير معلل وكذلك القول
في وجوب البينة على المدعي وسياتي هذا في مكانه الموضع الثالث في التشطير
واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف
الصداق لقوله فنصف ما فرضتم الآية والنظر في التشطير في اصول ثلاثة في محله
من الانكحة وفي موجبه من انواع الطلاق اعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض
له من التغييرات قبل الطلاق اما محله من النكاح فهو النكاح الصحيح اعني ان يكون

الطلاق الذي يقع قبل الدخول في النكاح الصحيح واما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه
فسخا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان واما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون
باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه
واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق او بالنفقة مع عسره
ولا فرق بينه وبين القياس بالعيب واما الفسوخ التي ليست طلاقا فلا خلاف انها
ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد او من قبل الصداق وبالجملة
من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار اصلا واما الفسوخ الطارية
على العقد الصحيح مثل الرضاع وان لم يكن لاحدهما فيه اختيار مثل الردة او حب
التشطير والذي يقتضيه مذهب اهل الظاهر ان كان قبل البناء فوجب ان يكون التنصيف
سواء كان من سببها او سببه وان كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه
وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى ام ليست معقولة المعنى
فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوضا لما كان لها من
الجبر على رد سلعتها واخذ الثمن كالحال في المشتري فلما جاز النكاح في هذا المعنى
البيع جعل نصفا عوضا من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء
لانها اسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها
سنة غير معقولة المعنى واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل ما كان من
سببه او سببها واما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك
لا يخلو من اربعة اوجه اما ان يكون تلفا للكل واما ان يكون نقصانا واما ان يكون زيادة
واما ان يكون نقصانا وزيادة معا وما كان من قبلها وان لا يخلو ان يكون تصرفها
فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة او يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة
بها او فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان
وعند الشافعي انه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة

وسبب

وسبب اختلافهم هل تملك المراة الصداق قبل الدخول او الموت ملكا مستقرا
او لا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال هما فيه شريكان ما لم تتعرض فيه
في منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب عليها عند الطلاق
وبعد استقرار الملك اوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا انها
اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف واختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز
مما جرت به العادة هل يرجع اليها بنصف ما اشترته او بنصف الصداق الذي هو
الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال ابو حنيفة والشافعي يرجع
عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع
وهو هل للاب ان يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر اعني اذا طلقت قبل الدخول
والسيد في امته فقال مالك ذلك له وقال ابو حنيفة والشافعي ليس ذلك له وسبب
اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح
وذلك في لفظة يعفو فانها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله
الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي او على الزوج فمن قال
على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى يسقط وشذ قوم
فقالوا لكل ولي ان يعفو عن نصف الصداق الواجب للمراة ويشبه ان يكون هذا الاحتمالان
اللذان في الاية ان شاء الله لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعل الولي انه
الاب دون غيره فقد زاد شيئا ولذلك يجب عليه ان ياتي بدليل يبين به ان الاية اظهر
في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر والجمهور على ان المراة الصغيرة والمحجورة ليس
لها ان تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز ان تهب مصيرا
الى العموم قوله تعالى الا ان يعفون واختلفوا من هذا الباب في المراة اذا وهبت صداقها
لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس له يرجع عليها بشيء وقال

الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج
بالطلاق هو في عين الصداق او في ذمة المرأة فمن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها
بشيء لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع ان وهبته كما
لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق ابو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض فقال
ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كانه رأى ان الحق في العين
ما لم تقبضه فاذا قبضت صارت في الذمة الموضع الرابع في التفويض واجمعوا على ان نكاح
التفويض جائز وهو ان يعقد النكاح دون صداق لقوله لا جناح عليكم ان طلقتم
النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن واختلفوا من ذلك في موضعين احدهما اذا طلبت الزوجة
فرض الصداق واختلفوا في القدر والموضع الثاني اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق
ام لا فاما المسألة الاولى وهي اذا قامت المرأة تطلب ان يفرض مهرا فقالت طايفة
يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فهؤلاء منهم من قال لها نصف
الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لان الفرض لم يكن في عقد النكاح وهو قول ابي حنيفة
واصحابه وقال مالك واصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما
ان يفرض ما تطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم
في مفهوم قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة
هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم
في فرض الصداق او لم يكن الخلاف سببه وايضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط
المهر في حال او لا يفهم فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى ومتعوهن
على الموسع قدره والاجماع على انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب
على من اوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض
واوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض ان يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر

المثل

المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وانما
تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا
طلب فواجب ان يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ولهذا قال مالك انه
ليس يلزمه مهر المثل مع خيار الزوج واما المسألة الثانية وهي اذا
مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول فان مالكا واصحابه والاوزاعي
قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال ابو حنيفة لها صداق المثل
والميراث وبه قال احمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا الا ان المنصور عند
اصحابه هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر اما الاثر
فهو ما روي عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسألة فقال اقول فيها برأيي فان
كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني ارى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس
ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال اشهد
لقد قضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع ابنة واشق خرجه ابو داود
والنسائي والترمذي وصححه واما القياس المعارض لهذا فهو ان الصداق عوض فلما لم
يقبض المعوض لم يجب قياسا على البيع وقال المزني عن الشافعي في هذه المسألة
ان ثبت حديث بروع فلا حجة في قول احد مع رسول الله السنة والذي قاله هو الصواب
والله اعلم الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة والصداق يفسد اما لعينه واما
لصفة فيه من جهل او غرر فالذي يفسد لعينه مثل الخمر والخنزير وما لا يجوز ان يتملك
والذي يفسد من قبل الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفي ذلك خمس
مسائل مشهورة المسألة الاولى اذا كان الصداق خمرا او خنزيرا او ثمرة لم يبد
صلاحها او بعيرا شاردا فقال ابو حنيفة العقد صحيح اذا وقع فيه مهر المثل
وعن مالك في ذلك روايتان احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده

وهو قول عبيد الله والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل وسبب اختلافهم
هو هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع ام ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسخ
النكاح بفساد الصداق كما يفسخ البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة
عقد النكاح صحة الصداق بدليل ان ذكر الصداق ليس شرطا في صحة العقد
قال يمضي النكاح ويصح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي
تقتضيه اصول مالك انه يفرق ما بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه
قياسا على البيع ولست اذكر الآن فيه نصا المسألة الثامنة واختلفوا
اذا اقترن بالمهر بيع مثل ان يدفع اليها عبدا ويدفع اليه الف درهم الصداق وعن
ثمن العبد ولا يسمي الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال ابو ثور
واجازه اشهب وهو قول ابي حنيفة وفرق عبد الملك فقال ان كان الباقي بعد البيع
ربع دينار فصاعدا بامر لا شك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي فمرة قال ذلك جائز
ومرة قال فيه مهر المثل وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع او ليس
بشبيه فمن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع
قال يجوز المسألة التاسعة واختلف العلماء فيمن نكح امراة واشترط
عليه في صداقها حباء يحابي به الاب على ثلاثة اقوال فقال ابو حنيفة واصحابه الشرط
لازم والصداق صحيح وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل قال مالك اذا كان
الشرط عند عقد النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له وسبب اختلافهم تشبيه
النكاح في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه قال لا يجوز
البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفا للبيع قال يجوز واما تفرقة مالك فلانه اتهمه
اذا كان الشرط في عقد النكاح ان يكون اشترط ذلك لنفسه نقصانا من صداق مثلها
ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول

عمر بن عبد العزيز والثوري وابو عبيد وما خرج النسائي وابو داود وعبد الرزاق
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت
على صداق قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن اعطيه واحق
ما اكرم الرجل عليه ابنته واخته وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه
صحيفة ولكنه نص في قول مالك وقال ابو عمر بن عبد البر اذا رواه الثقات وجب
العمل به المسألة الرابعة واختلفوا في الصداق يستحق او يوجد به عيب فقال
الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة او بالمثل او بمهر المثل واختلف
في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب
في ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل يرجع
بالاقل من القيمة او صداق المثل لكان لذلك وجه وشذ سحنون فقال النكاح فاسد
ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك بالبيع او لا يشبه به فمن شبهه به قال
يفسخ ومن لم يشبهه قال لا يفسخ المسألة الخامسة واختلفوا في الرجل
ينكح المراة على ان الصداق الف ان لم تكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق
الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز
ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول
الشافعي وبه قال ابو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة
وقال ابو حنيفة ان كانت له امراة فلها الف درهم وان لم تكن له امراة فلها مهر
مثلها ما لم يكن اكثر من الفين او اقل من الالف ويتخرج في هذا قول رابع ان النكاح
مفسوخ لمكان الغرر ولست اذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم
في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل اذا قضي به

في هذه المواضع وما اشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ومنصبها ومالها وقال الشافعي
يعتبر نساء عصبتها فقط وقال ابو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة
وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب او في المنصب والمال والجمال لقوله
صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث الموضع السادس
في اختلاف الزوجين في الصداق واختلافهم لا يخلوا ان يكون في القبض او في القدر
او في الجنس او في الوقت اعني وقت الوجوب فاما اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة
مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك
انه ان كان اختلافهما قبل الدخول واتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان
ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا
كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن اتى بما يشبه فيهما كان القول قوله وان كان
الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه
وبه قال ابو ثور وابن ابي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة
الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا
ورجعا الى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة
وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل اكثر مما ادعت
او اقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله صلى الله
عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل او غير
معلل فمن قال معلل قال يحلف ابدا اقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا
ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانه مقر له بالنكاح وجنس الصداق ونوعه
عليه فرارا من ان هو مدعى عليه وقال ايضا يتحالفان ابدا لان كل واحد منهما

مدع

مدع ومدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال
القول قولها الى مهر المثل فالقول قوله فيما زاد على مهر المثل راى انهما لا يستويان
ابدا في الدعوى بل يكون احدهما ولا بد اقوى شبهة وذلك لا يخلوا ان يدعو احدهما ما يكون
فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها او يكون فيما فوق ذلك
فيكون قوله وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف او الرجوع
الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك او ليس يشبهه فمن شبهه قال
بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق
المثل بعد التحالف ولذلك ما زعم بعض اصحاب مالك انه لا يجوز لهم التحالف ان تراضيا
على شيء ولا ان يرجع احدهما الى قول ورضي به صاحبه في غاية الضعف ومن ذهب الى
هذا فانما شبهه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع ان وجود هذا الحكم للعان مختلف
فيه واما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم اقبض وقال الزوج قد قبضت فقال
الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري واحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها
قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض اصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف
بالمدينة عندهم ان لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف
كان القول قولها ابدا والقول بان القول قولها ابدا احسن لانها مدعى عليها ولكن مالك
راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف اصحاب مالك اذا طال الدخول
هل يكون القول قوله بيمين او بغير يمين وفيما احسب واما اذا اختلفا في جنس
الصداق فقال هو تزوجتك على هذا العبد وقالت هي تزوجتك على هذا الثوب فالمشهور
في المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان
بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل ما لم يكن اكثر مما ادعته او اقل مما اعترف
به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال

اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها او لم يشبه فان لم يشبه فقول
الزوجة ان كان قولها مشبها كان القول قولها وان لم يكن قولهما مشبها تحالفا وكان لها
صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافهم في القدر اعني
يتحالفان ويرجعان الى مهر المثل وسبب قول الفقهاء في التفاسخ في البيع سيأتي
اصله في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى واما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالي
والناجز على اصل مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياسا
على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضا متى يجب هل قبل الدخول او بعده فمن شبه النكاح
بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد
قبض السلعة ومن راى ان الصداق عبادة يشترط فيها التعجيل قال يجب قبل الدخول وعلى ذلك
استحب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق الركن الرابع الثالث
في معرفة محل العقد وكل امراة فانها تحل بالشرع بوجهين اما بنكاح او بملك يمين
والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولا قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والمؤبدة
تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة نسب وصهر ورضاع
والمختلف فيها الزنا واللعان وغير المؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد و
الثاني مانع الجمع والثالث مانع الرق والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام والسادس
مانع المرض والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده والثامن مانع التطليق
ثلاثا للمطلق والتاسع مانع الزوجية فالموانع الشرعية بالجملة اربعة عشر مانعا
ففي هذا الباب اربعة عشر فصلا الفصل الاول في مانع النسب واتفقوا على ان
النساء اللاتي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات
والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واتفقوا
على ان الام هاهنا اسم لكل انثى لك عليها ولادة من جهة الام او من جهة الاب والبنت اسم

لكل

لكل انثى لك عليها ولادة من قبل الابن او من قبل البنت او مباشرة واما الاخت فهي
اسم لكل انثى شاركتك في احد اصليك او في مجموعهما اعني الاب والام او كليهما والعمة
اسم لكل انثى هي اخت لابيك او لكل ذكر له عليك ولادة واما الخالة فهو اسم لاخت
امك او اخت كل انثى لها عليك ولادة وبنت الاخ اسم لكل انثى لاخيك عليها ولادة
من قبل امها او من قبل ابيها او مباشرة وبنات الاخت اسم لكل انثى لاختك عليها ولادة
مباشرة او من قبل ابيها او امها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا خلاف اعلمه في هذه
الجملة والاصل فيها قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم الى اخر الاية واجمعوا على ان النسب الذي
يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين الفصل الثاني في المصاهرة واما المحرمات
بالمصاهرة فهي اربع زوجات الاباء والاصل فيه قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
من النساء الاية وزوجات الابناء والاصل في ذلك قوله ايضا وحلائل ابنائكم الذين
من اصلابكم وامهات النساء ايضا والاصل في ذلك ايضا قوله تعالى وامهات نسائكم
وبنات الزوجات والاصل في ذلك قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنتين منهن بنفس العقد وهو
تحريم زوجات الاباء والابناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين
احدهما هل من شرطها ان تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للذة او بالوطء
واما الام الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء او بالعقد على البنت فقط واختلفوا ايضا
من هذا الباب في مسألة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح
الصحيح او النكاح بشبهة فهنا اذا اربع مسائل اما المسألة الاولى وهي هل من شرط تحريم
بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج وليس من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط
التحريم وقال داود ذلك من شرطه ومبنى الخلاف هل قوله تعالى اللاتي في حجوركم وصف له
تاثير في الحرمية او ليس له تاثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود

الاكثر وليس هو شرطا في الربايب اذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره او التي ليست في حجره قال
تحرم الربيبة بالاطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره
المسالة الثانية واما هل تحرم البنت بمباشرة الام او بالوطء فقط فانهم اتفقوا
على تحريمها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة
او لغير شهوة هل ذلك يحرم ام لا فقال مالك والثوري وابو حنيفة والاوزاعي والليث ان
اللمس لشهوة يحرم الابنة وهو احد قولي الشافعي وقال داود والمزني لا يحرم بهما
الا الوطء وهو احد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عندهم مثل اللمس اذا كان نظر تلذذ
الى اي عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه ابو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل
الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن ابي ليلى والشافعي
في احد قوليه فلم يوجب في النظر شيئا واوجبه في اللمس ومبنى الخلاف هل المفهوم من
اشتراط الدخول في قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن الوطء او التلذذ بما دون الوطء فان كان
التلذذ فهل يدخل فيه النظر ام لا المسالة الثالثة واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء
الامصار الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها او لم يدخل وذهب قوم الى ان الام لا تحرم
الا بالدخول على البنت كالحال في البنت اعني انها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروي
عن علي وابن عباس من طريق ضعيف ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى اللاتي دخلتم
بهن يعود الى اقرب مذكور وهم الربايب او الى الربايب والامهات المذكورات قبل الربايب في قوله تعالى
وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانه يحتمل
ان يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى
اقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو
بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل نكح امراة دخل
بها او لم يدخل فلا تحل له امها واما المسالة الرابعة فاختلفوا في الزنا هل يوجب

من

من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح او بشبهة اعني الذي يدرا فيه الحد
فقال الشافعي الزنا بالمراة لا يحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح الزانية لابيه ولا ابنه وقال
ابو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح واما مالك ففي الموطأ عنه
مثل قول الشافعي انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابي حنيفة انه يحرم قال
سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيما يرويه ويذهبون الى ما في الموطأ وقد روي
عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح اعني
في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
اباؤكم قال يحرم الزنى ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنى ومن علل هذا الحكم
بالحرمة التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنى ايضا ومن شبهه بالنسب
قال لا يحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنى واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان الوطء
بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح واختلفوا في تاثير المباشرة في ملك اليمين
كما اختلفوا في النكاح

الفصل الثالث

في مانع الرضاع واتفقوا على ان الرضاع
بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب اعني ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع
هي وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد
منها تسع احداها في مقدار المحرم من اللبن والثانية في سن الرضاع والثالثة في حالة
المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا والرابعة هل يعتبر
فيه وصول اللبن بارتضاع والتقام الثدي او لا يعتبر والخامسة هل تعتبر فيه المخالطة او لا
تعتبر والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق او لا يعتبر والسابعة هل ينزل
صاحب اللبن اعني الزوج من المرضع منزلة اب وهو الذي يسمونه لبن الفحل ام ليس ينزل
فيه بمنزلة اب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة

المسألة الأولى أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب
مالك وأصحابه وروي عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم
أي قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي وقالت طائفة بتحديد القدر
المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث
رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه
قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات والسبب في اختلافهم في هذه المسألة
معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها
بعضا فأما عموم الكتاب فهو قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الآية وهذا يقتضي ما ينطلق
عليه اسم الإرضاع والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى أحدهما حديث
عائشة وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الرضعة
ولا الرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طرق ثابتة وفيه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان والحديث الثاني
حديث سهلة في حديث سالم أنه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات
وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات
ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن
فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الأحاديث
مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة
والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاث
فما فوقها تحرم وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله لا تحرم المصة ولا المصتان يقتضي
أن ما فوقها تحرم ودليل الخطاب في قوله أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن ما دونها

لا يحرم

لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب المسألة الثانية واتفقوا على أن الرضاع
يحرم في الحولين واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء
لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب
الجمهور مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي صلى الله عليه
وسلم وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك حديثان أحدهما
حديث سالم وقد تقدم والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت دخل رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله
إنه أخي من الرضاعة فقال صلى الله عليه وسلم انظرن من إخوانكن فإن الرضاعة من المجاعة
فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء إلا أن
حديث سالم نازلة في عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة
لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لأنها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير
المسألة الثالثة واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم
أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال أبو حنيفة والشافعي تثبت الحرمة
به وسبب اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام إنما الرضاعة من المجاعة فإنه يحتمل
أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيف ما كان الطفل وهو سن الرضاع
ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من مجاعة
فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار
الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو
الذي يرتفع بالفطام ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع
سواء كان الشيء له مستغنيا بالطعام أو لم يستغن عنه واختلفوا في هذه المدة فقال قوم
هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة

على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول ثلاثة اشهر وقال ابو حنيفة حولان وستة
اشهر وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك ان
قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين يوهم ان ما زاد على هذين الحولين
ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام انما الرضاعة من المجاعة يقتضي
عمومه ان ما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع يحرم المسألة الرابعة واما هل يحرم
الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور
واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيف ما
وصل الى الجوف او وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع فمن راعى
الوصول المعتاد قال لا يحرم المسألة الخامسة واما هل من شرط اللبن المحرم اذا
وصل الى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك ايضا فقال ابن القاسم
اذا استهلك اللبن في ماء او غيره ثم سقيه الطفل لم تقع به الحرمة وبه قال ابو حنيفة
واصحابه وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة
بمنزلة ما لو انفرد اللبن او كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى
للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره ام لا يبقى كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال
الطاهر والاصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء
طاهر المسألة السادسة واما هل يعتبر فيه الوصول من الحلق او لا يعتبر فانه
يشبه ان يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة ويشبه ان
يكون سبب اختلافهم في ذلك الموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء او لا يصل
المسألة السابعة واما هل يصير الرجل الذي له اللبن اعني زوج المرأة ابا
للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم بين الآباء والابناء الذين من النسب و
هي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعي

واحمد

واحمد والاوزاعي والثوري لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لبن الفحل لا يحرم وبقول
الجمهور قال من الصحابة علي وابن عباس وبالقول الثاني قالت عائشة وابن عمر وابن
الزبير وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور اعني آية
الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء افلح اخو القعيس يستأذن علي بعد ان نزل
الحجاب فأبيت ان آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك
فليلج عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فمن راى ان ما في هذا الحديث شرع زائد
على ما في الكتاب وهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وعلل
قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل يحرم ومن
راى ان آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل
لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه
اوجب ان يكون ناسخا لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع ان عائشة
لم يكن مذهبها اعتبار لبن الفحل وهي الراوية للحديث ويضعف رد الاصول المنتشرة
التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة
التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس لا نترك كتاب
الله لقول امرأة المسألة الثامنة واما الشهادة على الرضاع فان قوما قالوا لا يقبل
فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا يقبل فيه الا شهادة اربع وبه قال الشافعي
وعطاء وقال قوم يقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة
امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك
وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين ايضا
اجازوا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو

مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترط ذلك وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين ايضا اجازوا
شهادة امراة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب ابي حنيفة
ومنهم من اشترط ذلك وهو رواية عن مالك وقد روي عنه انه لا يجوز شهادة اقل من اثنتين
والسبب في اختلافهم اما بين الاربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل
امراتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجال او يكفي في ذلك امراتان وستاتي هذه المسالة في
كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى واما اختلافهم في قبول شهادة المراة الواحدة فمخالفة
الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه اعني انه لا يقبل من الرجال اقل من اثنين وان حال
النساء في ذلك اما ان يكون اضعف من حال الرجال واما ان تكون احوالهم في ذلك متساوية للرجال
والاجماع منعقد على انه لا يقضى بشهادة واحدة والاثر الوارد في ذلك هو حديث
عقبة ابن الحرث قال يا رسول الله اني تزوجت امراة فجاءت امراة فقالت قد ارضعتكما فقال
له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث
على الندب جمعا بينه وبين الاصول وهو اشبه وهي رواية عن مالك المسالة التاسعة
واما صفة المرضعة فانهم اتفقوا انه يحرم لبن كل امراة بالغ وغير بالغ واليائسة من
المحيض كان لها زوج او لم يكن حاملا كانت او غير حامل وان لم يثبت في ذلك اجماع
فليس لغير البالغ لبن ولا لغير الحامل وان وجد فهو لبن باشتراك الاسم بل هو شيء
وشذ بعضهم فاوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن ان يكون له حكم شرعي
وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة وسبب
الاختلاف هل يتناولها العموم او لا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك
الاسم ويكاد ان تكون مسالة غير واقعة الفصل الرابع في مانع الزنا واختلفوا
في زواج الزانية فاجازها الجمهور ومنعها قوم وسبب اختلافهم في مفهوم قوله

تعلى

تعالى الزانية لا ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المومنين هل خرج مخرج
الذم او مخرج التحريم وهل الاشارة في قوله تعالى وحرم ذلك على المومنين الى الزنى
او الى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الاية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث
ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لا ترد يد لامس فقال له عليه
الصلاة والسلام طلقها فقال له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضا
ان الزنى يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن واما زواج الملاعنة من زوجها
الملاعن فسنذكره في كتاب اللعان الفصل الخامس في مانع العدد واتفق
المسلمون على جواز نكاح اربع من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في
العبيد وفيما فوق الاربع فاما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح
اربعا وبه قال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط وسبب
اختلافهم هل العبودية لها تاثير في اسقاط هذا العدد كما لها تاثير في اسقاط نصف
الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من راى ذلك وذلك ان المسلمين
اتفقوا على تنصيف حده في الزنا اعني نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق
الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من
النساء ولما روي عنه عليه السلام انه قال لغيلان لما اسلم وتحته عشر نسوة
امسك اربعا وفارق سايرهن وقالت فرقة تسعة ويشبه ان يكون من اجاز
التسع ذهب مذهب الجمع في الاية المذكورة اعني جمع الاعداد في قوله تعالى مثنى
وثلاث ورباع الفصل السادس في مانع الجمع واتفقوا انه لا يجمع
بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين واختلفوا في الجمع

بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك والسبب
اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين لعموم الاستثناء اخر
الآية وهو قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود
لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الاية من التحريم الا ما وقع الاجماع على
انه لا تاثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ملك اليمين ويحتمل
ان لا يعود الا الى اقرب مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا
سيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة وبسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا
بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك
وابو حنيفة واجازه الشافعي وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المراة
وعمتها والمراة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه السلام من حديث ابي هريرة وتواتره
انه عليه الصلاة والسلام قال لا يجمع بين المراة وعمتها ولا بين المراة وخالتها
واتفقوا على ان العمة ههنا هي كل انثى هي اخت لذكر له عليك ولادة اما
بنفسه واما بواسطة ذكر وان الخالة هي كل انثى هي اخت لكل انثى لها عليك
ولادة اما بنفسها واما بواسطة انثى غيرها وهي الجدات من قبل الام واختلفوا
هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص او هو من باب الخاص اريد به العام والذين
قالوا هو من باب الخاص اريد به الخاص اختلفوا اي خاص هو المقصود
به فقال قوم وهو الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص والمراد به
الخصوص والتحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به
العموم وهو الجمع بين كل امراتين بينهما رحم محرمة او غير محرمة فلا يجوز الجمع

عند هولاء بين ابنتي عم او عمة ولا بين ابنتي خال او خالة ولا بين المراة وبنت عمها
ولا بينها وبنت خالتها وقال قوم بل الجمع يحرم بين كل امراتين بينهما قرابة محرمة
اعني لو كان احدهما ذكرا لم يجز له ان ينكح الثانية ومن هولاء من اشترط في هذا
المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعا اعني اذا جعل كل واحد منهما ذكرا والاخر
انثى فهولاء لا يحل الجمع بينهما واما ان جعل في احد الطرفين ذكرا يحرم التزويج
ولم يحرم من الطرف الاخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امراة الرجل وابنته من
غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكرا لم يحل له نكاح المراة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا
المراة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة اجنبي وهذا القانون هو الاصل
الذي اختاره اصحاب مالك واولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها
الفصل السابع في مانع الرق واتفقوا على انه يجوز للعبد ان ينكح الامة والحرة ان تنكح
العبد اذا رضيت بذلك هي واولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز
بالاطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين عدم الطول
وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وبه قال ابو حنيفة والشافعي
والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم
طولا الاية يقتضي انه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين احدهما عدم الطول الى الحرة والثاني
خوف العنت وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم يقتضي بعمومه انكاحها من حر
وعبد واجد الطول الحر او غير واجد خائف للعنت او غير خائف لكن دليل الخطاب
اقوى ههنا والله اعلم من العموم لان هذا العموم لم يتعرض فيه الى صفات الزوج
المشترطة في نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن والايجاب على عموم
النكاح وهو ايضا محمول على الندب عند الجمهور مع ان ذلك من ارفاق
الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب في فروع مشهورة فجماعة الذين

ان يعنت والنكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما اعني اذا كانت تحته حرة فهل هي
طول او ليست بطول فقال ابو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك
القولان والمسألة الثالثة هل يجوز لمن وجد فيه الشرطان ان ينكح اكثر من امة
واحدة ثلاثة او اربعا او اثنتين فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت
لانه غير عزب لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر بالاطلاق سواء
كان عزبا او متأهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على
حرة تمنعه من العنت جاز له ان ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله
قبلها وخاصة اذا خشي العنت من الامة التي يريد نكاحها وهو بعينه هو السبب
في اختلافهم هل ينكح امة ثانية على الامة الاولى او لا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت
مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العزب اكثر قال لا ينكح اكثر من امة واحدة ومن اعتبره
مطلقا فيه نظر واذا قلنا انه يتزوج على الحرة امة فتزوجها بغير اذنها
فهل لها الخيار في البقاء معه او في فسخ النكاح اختلف في ذلك قول مالك وكذلك
اختلفوا اذا وجد طول الحرة هل يفارق الامة او لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه
خوف العنت انه لا يفارق فهذا عن اصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على انه لا يجوز
ان ينكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح

الفصل

الثامن في مانع الكفر واتفقوا على انه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله
تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر واختلفوا في نكاحها بملك اليمين واتفقوا على انه
يجوز ان ينكح الكتابية الحرة الا ما روي في ذلك عن ابن عمر واختلفوا في احلال الكتابية الامة
بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات
بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وعموم قوله تعالى
ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن لعموم قوله تعالى والمحصنات من النساء

الا ما ملكت ايمانكم وهن المسبيات وظاهر هذا يقتضي العموم سواء كانت مشركة
او كتابية والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم
ما روي من نكاح المسبيات في غزوة اوطاس اذا استأذنوه في العزل فأذن لهم
وانما صار الجمهور لجواز الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم
اعني ان قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم هو خصوص وقوله تعالى
ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب
الى تحريمهن ذلك جعل العام ناسخا للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا
في احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك للقياس وذلك ان قياسها على
الحرة يقتضي اباحة تزويجها وباقي العموم استثني منه الحرة يعارض ذلك لانه يوجب
تحريمها على قول من يرى ان العموم اذا خصص بقي الباقي على عمومه فمن خصص
العموم الباقي بالقياس او لم ير الباقي من العموم المخصص عموما قال يجوز نكاح
الامة الكتابية ومن ههنا ايضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب
للقياس وذلك ان قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات يوجب ان لا يجوز نكاح الامة غير
المؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس كل جنس يجوز فيه
النكاح بملك اليمين اصله المسلمات وللطائفة الثانية انه اذا لم يجز نكاح الامة
المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى الا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما
اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم ولاجماعهم
على ان السبي يحل المسبية غير المتزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم
السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا اعني الزوج
والزوجة لم ينفسخ نكاحهما وان سبي احدهما قبل الآخر انفسخ النكاح

وبه قال ابو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم وسبيهما معا او سبي احدهما قبل الآخر
وبه قال الشافعي وعن مالك قولان احدهما ان السبي لا يهدم النكاح اصلا والثاني انه يهدم
بالاطلاق مثل قول الشافعي وسبب اختلافهم هل يهدم او لا يهدم هو تردد نسائهم
المسبيات فبين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين اهل العهد وبين الكافرة التي
لا زوج لها او المستأجرة من كافر واما التفريق بين ابي حنيفة بين ان يسبيا معا او بين ان يسبى
احدهما قبل الآخر فان الموثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدارين لا الرق والموثر في الاحلال
عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو مع الزوجية او مع عدم الزوجية والاشبه ان يكون
للزوجية هنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وهو تشبيهها
بالذمية فيه ضعف لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط ان يقر على دينه فضلا عن
نكاحه الفصل التاسع في موانع الاحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك
والشافعي والليث والاوزاعي واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح
باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة
لا باس بذلك وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل
خرجه اهل الصحيح وعارضته احاديث كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق ابي رافع
ومن طريق سليمان ابن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك ايضا من حديث
عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم
ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم
ومن رجح حديث ابن عباس او جمع بينه وبين عثمان بان حمل النهي الوارد في ذلك

على

على الكراهة قال ينكح وينكح وهو راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع
او تغليب القول الفصل العاشر واختلفوا في نكاح المريض فقال ابو حنيفة والشافعي
يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج في ذلك عن قوله انه يفرق بينهما
وان صح من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما وان التفريق مستحب غير واجب وسبب اختلافهم
تردد النكاح بين البيع والهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز
بيعه ولاختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على اضرار الورثة بادخال وارث
زائد او لا يتهم وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على ان الهبة
تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال
وارث قياس مصلحي لا يجوز عند اكثر الفقهاء لكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع
الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما راوا
ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من
التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقيف ايضا على اعتبار
المصالح يطرق للناس ان يتطرقوا للعموم السنن الذي في ذلك الجنس الى الظلم فليفوض
امثال هذه الى العلماء بحكمة الشرائع مع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها
وخاصة انه اذا فتح لهم من ابواب ذلك الى ما لا استعمال لتوابع الشرع تكم فالى
الظلم ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل
على انه قصد بالنكاح خيرا لم يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار
لورثته منع من ذلك كالحال في اشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع
الشيء وضده بما اكتسبوه من قوة في مهنتهم اذ لا يمكن ان يحد ذلك حد
موقت صناعي وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع

الفصل الحادي عشر في مانع العدة واتفقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حمل
او عدة حيض او عدة اشهر واختلفوا فيمن تزوج امراة في عدتها ودخل بها فقال
مالك والاوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له ابدا وقال ابو حنيفة والشافعي و
الثوري يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا باس في تزويجه اياها
مرة ثانية وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة او ليس بحجة وذلك ان
مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن
الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وزوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة
من زوج ثان وقال ايما امراة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها
فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الاخر خاطبا من الخطاب وان كان
دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الاخر ثم لا يجتمعان
ابدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس
شبه ضعيف مختلف في اصله وهو انه ادخل شبهة في النسب فاشبه الملاعن وروي
عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل
من كتاب او سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون
المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق
على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه اشهب عن الثوري عن الشعبي عن مسروق
واما من قال بتحريمها بالعقد فضعيف واجمعوا على انه لا توطا حامل مسبية
حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اذا وطئ
هل تعتق عليه او لا تعتق والجمهور على انها لا تعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه
مؤثر في خلقته او غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما وان قلنا انه

ليس

ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال او يستعبده وهو غذاه
في سمعه وبصره واما الرق فمانع التطليق ثلاثا فسياتي في كتاب الطلاق الفصل
الثاني عشر واما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين
الذميين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا في بيع الامة اذا بيعت هل يكون
بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس
وجابر وابن مسعود وابي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم
قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم وذلك ان قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم يقتضي المسبيات
وغيرهن وتخيير بريرة يوجب الا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة
للجمهور ما خرج ابن ابي شيبة عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم
نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تاثموا من غشيانهن
من اجل ازواجهن فانزل الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم
وهذه المسالة هي اليق بكتاب الطلاق وهذه جملة الاشياء المصححة للانكحة في الاسلام
وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس صفة العاقد والمعقود عليها وصفة العقد
وصفة الشرط في العقد واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرا عليها الاسلام
فانهم اتفقوا على ان الاسلام اذا كان منهما معا اعني من الزوج والزوجة وكان
قد انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا
في موضعين احدهما اذا انعقد النكاح على اكثر من اربع او على من لا يجوز الجمع
بينهما في الاسلام والموضع الثاني اذا اسلم احدهما قبل الاخر فاما المسالة الاولى
وهي اذا اسلم الكافر وعنده اكثر من اربع نسوة او اسلم وعنده اختان فان مالكا

فقال اختر منهن اربعا وعن الاختين واحدة ايتهما شئت وبقولنا قال الشافعي واحمد وداود
وقال ابن الماجشون من اصحاب مالك اذا اسلم وعنده اختان فارقهما جميعا ثم استانف
نكاح ايتهما شاء ولم يقل بذلك احد من اصحاب مالك غيره وسبب اختلافهم معارضة القياس
للاثر وذلك انه ورد في ذلك اثران احدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وعنده
عشر نسوة واسلمن معه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعا والحديث
الثاني حديث قيس بن الحارث انه اسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
اختر ايتهما شئت واما المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام
بالعقد عليهن بعد الاسلام اعني انه كما ان العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام
وفيه ضعف واما اذا اسلم احدهما قبل الاخر ثم اسلم الاخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال
مالك وابو حنيفة والشافعي انه اذا اسلمت المراة قبله فانه ان اسلم في عدتها كان
احق بها وان اسلم هو وهي كتابية فنكاحهما ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان
ابن امية وذلك ان زوجته بنت الوليد بن المغيرة اسلمت قبله ثم اسلم هو فاقره رسول الله
صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امراته نحو من
شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا ان امراة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا ان يقدم زوجها
مهاجرا قبل ان تنقضي عدتها واما اذا اسلم الزوج قبل اسلام المراة فانهم
اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا اسلم الزوج قبل المراة وقعت الفرقة اذا عرض عليها
الاسلام فابت وقال الشافعي سواء اسلم الرجل قبل المراة او المراة قبل الرجل اذا وقع
اسلام المتاخر في العدة ثبت النكاح وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس
وذلك ان عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر يقتضي المفارقة على الفور
واما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روي من ان ابا سفيان بن حرب اسلم قبل

هند

هند بنت عتبة امراته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فاخذت
بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت بعده بايام فاستقرا على نكاحهما
واما القياس المعارض لهذا الاثر فانه يقتضي انه لا فرق بين ان تسلم هي قبله او هو قبلها
فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبله فقد يجب ان تعتبر في اسلامه ايضا قبل

الباب الثالث في موجبات الخيار وموجبات الخيار اربعة العيوب
والاعسار بالصداق او بالنفقة والكسوة والثالث الفقد اعني فقد الزوج والرابع العتق
للامة المتزوجة ففي هذا الباب اربعة فصول الفصل الاول في خيار العيوب
اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين احدهما
هل يرد بالعيوب او لا يرد والموضع الثاني اذا قلنا انه يرد فمن اي العيوب يرد وما حكمه
فاما الموضع الاول فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد
والامساك وقال اهل الظاهر لا يوجب العيب خيار الرد والامساك وهو قول عمر
بن عبد العزيز وسبب اختلافهم شيئان احدهما هل قول الصاحب حجة والاخر قياس
النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ما روي عن عمر بن الخطاب
انه قال ايما رجل تزوج امراة وبها جنون او جذام او برص وفي بعض الروايات او قرن
فلها الصداق كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها واما القياس على البيع فان
القائلين بموجب خيار العيب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون
ليس شبيها به لاجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع
واما القائلون بالرد في العيوب فانهم اختلفوا في اي العيوب يرد بها وفي اي يختص
بالرد وفي حكمه اذا وقع فاتفق مالك والشافعي على ان الرد يكون من اربعة الجنون
والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء اما قرن او رتق في المراة او عنة في الرجل

او خصاء، واختلف اصحاب مالك في اربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها
وقيل لا ترد وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح الا بعيبين فقط القرن
والرتق واما احكام الرد عند القائلين بالرد فانهم اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول
طلق ولا شيء عليه واختلفوا اذا علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي
زوجها ممن يظن به منهم انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج
بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء، وان كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق
كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس وسببه
اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع او بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس فانهم اتفقوا
على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام ايما امرأة
نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع
الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة
اعني بعد الدخول وانفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة
واختلف اصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب
الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى وتحمل سائر العيوب
على انها مما لا يخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد
بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفي على الزوج
الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة واختلفوا في الاعسار بالصداق
فكان الشافعي يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك واختلف اصحابه في قدر التلوم
له فقيل ليس في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتان وقال ابو حنيفة هو غريم من
الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر

المهر

الحق وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع او تغليب الضرر اللاحق للمرأة
في ذلك من عدم الوطء تشبيها بالايلاء والعنة واما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي
واحمد وابو ثور وابو عبيد وجماعة يفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر وسبب اختلافهم
اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول
بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابو المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة في مقابلة
الاستمتاع بدليل ان الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع
فوجب الخيار واما من لا يرى القياس فقالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا
بالاجماع او بدليل من كتاب او سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال
للقياس. الفصل الثالث في خيار الفقد واختلفوا في المفقود الذي تجهل
حياته او موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم
ترفع امرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم
الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرا وحلت قال واما ماله فلا يورث
حتى ياتي عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يعيش الى مثله فقيل سبعون وقيل
ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان وروي هذا القول
عن عمر بن الخطاب وهو مروي ايضا عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعي وابو حنيفة
والثوري لا تحل امرأة المفقود وذلك ان استصحاب الحال يوجب ان لا تنحل عصمته
الا بموت او طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك واما القياس فهو تشبيه الضرر
اللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقود
عند المحصلين من اصحاب مالك اربعة مفقود في ارض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود
في ارض الحرب ومفقود في حروب الاسلام اعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار

والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير فأما المفقود في
بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته
ما خلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين وأما المفقود في حرب المسلمين
فقيل إن حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه
المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك سنة وأما المفقود في أرض المسلمين وأما المفقود
في حرب المسلمين فقيل إن حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد
الموضع الذي كانت حرب الكفار ففيه أربعة أقوال في المذهب فقيل حكمه حكم الأسير وقيل
حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود
في حرب المسلمين وفتنتهم والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين
والرابع حكمه حكم المقتول وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني يعمر وحينئذ
يورث وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع وهو
الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعني بين القائلين بالقياس
الفصل الرابع في خيار العتق واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها
الخيار واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها الخيار أم لا فقال مالك والشافعي
وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثوري لها
الخيار حرا كان أو عبدا وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة
الموجبة للخيار وأن يكون الجبر الذي كان في أحكامها بإطلاق إذا كانت أمة والجبر
على زوج وجعلها عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح بالإطلاق قال تخير تحت الحر والعبد
ومن قال الجبر على زوج عبد فقط قال تخير تحت العبد فقط وأما الاختلاف في
النقل فإنه روي عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود وروي عن عائشة أن زوجها

كان حرا

كان حرا وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضا في الوقت الذي يكون
لها الخيار فقال مالك والشافعي لها الخيار ما لم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها
على المجلس وقال الأوزاعي إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس
يسقط خيارها الباب الرابع في حقوق الزوجية واتفقوا على أن من حقوق
الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف
ولقوله لهند ابنة عتبة خذي لك وولدك ما يكفيك بالمعروف فأما النفقة فاتفقوا
على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب
وعلى من تجب أما وقت وجوبها فإن مالكا قال لا تجب النفقة على الزوج حتى
يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعي
تلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغة وأما إذا كان هو بالغا والزوجة
صغيرة فللشافعي قولان أحدهما مثل قول مالك والثاني أن لها النفقة بإطلاق
وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على
الزوج كالغائب والمريض وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة
بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف
بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي
إلى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الأوسط مد ونصف وعلى المعسر مد
وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على
الكسوة وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود واختلفوا
من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وإن وجبت فكم يجب
فالجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم

نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين اوجبوا النفقة على خادم الزوجة
على كم يجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحد وقيل على خادمين اذا كانت
المراة ممن لا تخدم نفسها الا خادمان وبه قال مالك وابو ثور ولست اعرف دليلا شرعيا
لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان
على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية واما لمن تجب النفقة فانهم
اتفقوا على انها تجب للحرة غير الناشزة واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور
على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة وسبب الخلاف معارضة
العموم للمفهوم وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن
بالمعروف يقتضي ان الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من ان النفقة هي في مقابلة
الاستمتاع يوجب ان لا نفقة للناشز واما الامة فاختلف فيها اصحاب مالك اختلافا
كثيرا فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل ايضا ان كانت
تاتيه فلها النفقة وان كان ياتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي تاتيه
وقيل ان كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبدا فلا نفقة عليه وقيل عليه
النفقة وسبب اختلافهم معارضة العموم القياس وذلك ان العموم يقتضي لها
وجوب النفقة والقياس يقتضي ان لا نفقة لها الا على سيدها الذي يستخدمها
او تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك
قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تاتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة ان تاتي
زوجها في كل اربعة ايام واما على من تجب فانهم اتفقوا ايضا انها تجب على الزوج الحر
الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ
عنه من اهل العلم على ان العبد نفقة زوجته وقال ابو مصعب من اصحاب مالك ان على
لا نفقة عليه وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله واما

الغايب

الغايب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال ابو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان
وانما اختلفوا بعض القول قوله اذا اختلفوا في الانفاق ومسائل ذلك في كتاب الاحكام
وكذلك اتفقوا على ان من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم لما ثبت من قسمه
صلى الله عليه وسلم بين ازواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا كان للرجل امراتان
فمال الى احداهما جاء يوم القيامة واحد شقيه مائل ولما ثبت انه صلى الله عليه وسلم
كان اذا اراد السفر اقرع بينهن واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل
تحتسب به او لا تحتسب اذا كانت له زوجة اخرى فقال مالك والشافعي واصحابهم
يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امراة اخرى بايام ال
زوج وقال ابو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكرا كانت او ثيبا ويحتسب بالاقامة
عندها ان كانت له زوجة اخرى وسبب اختلافهم معارضة حديث انس لحديث ام سلمة
وحديث انس هو ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا تزوج البكر اقام عندها
سبعا واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا وحديث ام سلمة هو ان النبي صلى الله
عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على اهلك هوان ان شئت سبعت عندك
وسبعت عندهن وان شئت ثلثت ودرت وحديث ام سلمة متفق عليه خرجه
مالك والبخاري ومسلم وحديث انس حديث بصري خرجه ابو داود فصار اهل المدينة
الى ما خرجه اهل البصرة وصار اهل الكوفة الى ما خرجه اهل المدينة واختلف اصحاب
مالك هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب او مستحب فقال ابن القاسم
هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب وسبب اختلافهم هل اية الرضاع متضمنة
حكم الرضاع اذ لا دليل فيها على الوجوب ومن قال ينفصل الام بالرضاع وانما الاخبار
التي يفهم منها عموم الام فقال يجب عليها الارضاع واما من فرق بين الدنية والشريفة
فاعتبر العرف والعادة واما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ثدي غيرها

فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع وهذا اجماع لقوله سبحانه فان ارضعن لكم
فآتوهن اجورهن والجمهور على ان الحضانة للام اذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا
لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة
ولان الامة والمسبية اذا لم يفرق بينهما وبين ولدها طفلا فاحرى بذلك الحرة
واختلفوا اذا بلغ الولد التمييز فقال قوم يخير ومنهم الشافعي واحتجوا باثر ورد
في ذلك وبقي قوم على الاصل لانه لم يصح عندهم هذا الحديث والجمهور على ان تزوجها الغير
الاب يقطع الحضانة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انت احق به ما لم تنكحي
ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الاصل واما نقلة الحضانة من الام الى غير الاب فليس
في ذلك شيء يعتمد عليه الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها بالشرع و
الانكحة المنهي عنها الفاسدة وحكمها والانكحة التي ورد النهي فيها منصوصا اربعة
نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة اخيه ونكاح المحلل فاما نكاح
الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا على ان ينكحه الاخر
وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير
جائز لثبوت النهي عنه واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصح
ويفسخ ابدا قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي الا انه قال ان سمى لاحداهما صداقا
او لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمياه فاسد وقال ابو حنيفة نكاح
الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث واحمد واسحق وابو ثور والطبري و
سبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض او غير معلل فان قلنا
غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل
مثل العقد على خمر او خنزير وقد اجمعوا ان النكاح المنعقد على الخمر او الخنزير لا يفسخ
اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكا رضي الله عنه راى ان الصداق وان لم يكن

من شرطه

من شرطه صحة العقد والنهي يدل على فساد المنهي واما نكاح المتعة فانه تواترت
الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انه اختلف في الوقت الذي
وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح
وفي بعضها غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها عمرة القضاء وفي بعضها
عام اوطاس واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس
تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واليمن وروي ان ابن
عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن وفي
حرف عنه الى اجل مسمى وروي عنه انه قال ما كانت المتعة الا رحمة من الله عز وجل
رحم بها امة محمد صلى الله عليه وسلم ولولا نهي عمر عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي
وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء انه قال
سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وابي بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى عمر عنها الناس واما اختلافهم في النكاح الذي
تقع الخطبة فيه على خطبة غيره فقد تقدم القول فيه ثلاثة اقوال قول بالفسخ وقول
بعدم الفسخ وقول بين ان تكون الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والتقارب
من التمام او لا تكون وهو مذهب مالك واما نكاح المحلل اعني الذي يقصد بنكاحه
تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال ابو حنيفة والشافعي
هو نكاح صحيح وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم
لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التاثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم
من التاثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال النكاح
فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهي واما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع
فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح او لتغيير حكم واجب بالشرع
من احكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود بالاخلال بشرط من شروط

صحة واما الزيادة التي تعود من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف
العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة مثل ان تشترط الا يتزوج عليها او لا ينقلها
من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا ان يكون في ذلك يمين بعتق او طلاق
فان ذلك يلزمه الا ان يطلق او يعتق وبه قال الشافعي وابو حنيفة وقال الاوزاعي وابن شبرمة
لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يقضون بها وقول
الجمهور مروي عن علي وقول الاوزاعي مروي عن عمر وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص
فاما العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته
كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط واما الخصوص فحديث عقبة
بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال احق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به
الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين
القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية
وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط والمغيرة بوضع من الصداق فانه اختلف
فيها المذهب اختلافا كثيرا اعني في لزومها او عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا
على الفروع واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت فمنها ما اتفقوا على فسخها قبل
الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة
النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم
في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا
الجنس وذلك الكثير يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده والاصل عنده ان يفسخ
ولكنه يجعله بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير
ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين
الدخول وعدمه والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده
الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبل وبعد

ومتى

ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه
او مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة
اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيها فمرة اعتبر فيه الاختلاف ومرة
اعتبر فيه الفسخ وكذلك بعد الدخول او عدمه وقد نرى ان نقطع بها هنا القول في هذا
الكتاب فان هذا ما ذكرناه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود كمل كتاب النكاح
بحمد الله وعونه بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليما كتاب الطلاق والكلام في هذا
الكتاب ينحصر في اربع جمل الجملة الاولى في انواع الطلاق الجملة الثانية في اركان الطلاق
الجملة الثالثة في الرجعة الجملة الرابعة في احكام المطلقات الجملة الاولى وفي هذه
الجملة خمسة ابواب الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعي الباب الثاني في معرفة
الطلاق السني من البدعي الباب الثالث في الخلع الباب الرابع في تمييز الطلاق من
الفسخ الباب الخامس في التخيير والتمليك الباب الاول واتفقوا على ان الطلاق
نوعان بائن ورجعي وان الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها
وان من شرطه ان يكون في مدخول بها واتفقوا على هذا لقوله تعالى يا ايها النبي
اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة الى قوله لا تدري لعل الله
يحدث بعد ذلك امرا والحديث الثابت ايضا من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه
وسلم امره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا واما الطلاق البائن
فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد في الطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل
عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق
او فسخ على ما سياتي بعد واتفقوا على ان العدد الذي يوجب البينونة في طلاق
الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى الطلاق مرتان الاية

واختلفوا إذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر
في إسقاط أعداد الطلاق وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان، واختلفوا هل هذا
معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أو برق من رق منهما، فيقع في المذهب إذا ثلاث مسائل
المسألة الأولى جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة
الثالثة، وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك، وحجة
هؤلاء ظاهر قوله تعالى الطلاق مرتان الآية إلى قوله في الثالثة فإن طلقها فلا تحل له من
بعد، والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة، واحتجوا أيضا بما ذكره مسلم والبخاري
عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين
من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر، واحتجوا أيضا بما رواه ابن إسحاق
عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحد فقال إنما تلك طلقة
واحدة فارتجعها، وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس من الواقع
في الصحيح إنما رواه عنه من أصحابه طاوس، وأن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم
سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم، وأن حديث ابن
إسحاق وهم، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجته البتة لا ثلاثا، وسبب الخلاف
هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه
هذا الحكم في طلقة واحدة أو ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع، فمن شبه الطلاق
بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع
قال لا يلزم، ومن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي
صفة كان ألزم الطلاق كيف ما ألزمه المطلق نفسه، وكأن الجمهور غلبوا حكم
التغليظ في الطلاق سدا للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود
في ذلك أعني في قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا، المسألة الثانية وأما ال[illegible]

في اعتبار

في اعتبار نقص عدد الطلاق بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فإذا كان
الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة
وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس وإن كان اختلف
عنه في ذلك لكن الأشهر عنه هو هذا القول، ومنهم من قال إن الاعتبار في ذلك هو
في النساء فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان
الزوج حرا أو عبدا، وممن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ومن
فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره، وفي المسألة قول ثالث وهو أن
الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروي عن ابن عمر
وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل، فمن قال التأثير
في هذا هو لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال، ومن قال التأثير في هذا الذي يقع عليه
الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهها بالعدة، وقد أجمعوا على أن العدة
بالنساء أي نقصانها تابع لرق النساء، واحتج الفريق الأول بما روي عن ابن عباس
مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم إنما الطلاق بالرجال والعدة بالنساء إلا أنه
حديث لم يثبت في الصحاح، وأما من اعتبر من رق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو
الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك الذكورية ولا الأنوثة مع الرق، المسألة الثالثة
وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع، وأبو محمد بن حزم وجماعة
من أهل الظاهر يخالفون فيه ويرون أن العبد في هذا والحر سواء، وسبب الخلاف معارضة
الظاهر في هذا القياس، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا لمكان قياس طلاق العبد
أو الأمة على حدودها، وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد، وذلك نص في
قوله تعالى فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من
العذاب، ومال أهل الظاهر فيما كان الأصل عنده هو نص أو ظاهر الكتاب
أو السنة ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله

ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحيض من باب ان المقصود بفصل الحيض رفضه للعبث
لمكان نقصه وان الفاحشة ليستفيح فيحملها من الحيض واما نقصان الطلاق فهو من باب
التغليظ لان وقوع الندم على الانسان تطليقتين اغلظ من وقوع ثلاث
لما عسى ان يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك
انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوج لعنتت المرأة وشقيت ولو كانت
البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسيرا عليه
فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك والله اعلم ما لان في الطلاق الثلاث
في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة

الباب الثاني

اجمع العلماء على ان المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر
لم يمسها فيه طلقة واحدة وان المطلق في الحيض او في الطهر الذي مسها فيه
غير مطلق للسنة وانما اجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي
حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام مره
فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء
طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء واختلفوا من هذا
الباب في ثلاثة مواضع الموضع الاول هل من شرطها ان لا يتبعها طلاقا في العدة والثاني
هل المطلق ثلاثا اعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة ام لا والثالث في حكم من طلق
في وقت الحيض اما الموضع الاول فانه اختلف فيه مالك وابو حنيفة ومن تبعهما
فقال مالك من شرطها ان لا يتبعها في العدة طلاقا اخر وقال ابو حنيفة ان طلقها
عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة وسبب الاختلاف هل من شرط هذا
الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد رجعة ام ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه
قال لا يتبعها فيها طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم
في وقوع الطلاق المتبع واما الموضع الثاني فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا

بلفظ

بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة وسبب الخلاف
معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة على حكم المطلقة
الثالثة للكتاب والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت ان العجلاني طلق
زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة
لما اقره رسول الله صلى الله عليه وسلم واما مالك فلما راى ان المطلق بلفظ الثلاث
رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر اصحابه عن الحديث
بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على
غير محل فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله اعلم اظهر ها هنا من قول
الشافعي واما الموضع الثالث في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في
مواضع منها ان الجمهور قالوا ينفذ طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا
ينفذ قالوا يومر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم راوا ان ذلك واجب وانه يجبر
على ذلك وبه قال مالك واصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال
الشافعي وابو حنيفة والثوري واحمد والذين اوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي
يقع فيه الاجبار فقال مالك واكثر اصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها
وقال اشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى
يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر
من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر وان شاء طلقها وان شاء امسكها وبه قال
مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة
التي طلقها فيها ان شاء امسك وان شاء طلق وبه قال ابو حنيفة والكوفيون وكل
من شرط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم يجبر الامر بالرجعة
اذا طلقها في طهر مسها فيه فهذه اربع مسائل احدها هل يقع هذا الطلاق ام لا

والثانية ان وقع هل يجبر على الرجعة ام يومر فقط والثالثة متى يوقع الاجبار والرابعة
متى ينقطع الاجبار او الندب اما المسالة الاولى فان الجمهور ذهبوا الى ان الطلاق ان
وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر فليراجعها
قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم ارسلوا
الى نافع يسالونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال نعم وروي انه كان يفتي بها ابن عمر واما من لم ير هذا الطلاق واقعا فانه اعتمد عموم
قوله صلى الله عليه وسلم كل فعل او عمل ليس عليه امرنا فهو رد وقالوا امره رسول الله
صلى الله عليه وسلم برده مشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف
هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة واجزاء او شروط
كمال وتمام فمن قال شروط اجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط
كمال وتمام قال يقع ويندب الى ان يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على
الرجعة فقد تناقض فتدبر واما المسالة الثالثة وهي متى يقع الاجبار فان من
شرط ذلك ان يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر وانما صار لذلك لانه المنصوص عليه
في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيضة
لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الاخير عدة لانه
كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة قالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان
يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر
لم يطلقها في الحيضة التي قبله وهو احد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة
فيما ذكر عبد الوهاب واما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى ان يونس
بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث
انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما امر

بالرجوع

بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع
فيه الطلاق على وجه غير مكروه وسبب اختلافهم تعارض الاثار في هذه المسالة وتعارض
مفهوم العلة واما المسالة الرابعة وهي متى يجبر فان مالكا ذهب الى انه يجبر على
رجعتها طول زمان العدة لان الزمان الذي له فيه ان يراجعها واما اشهب فانه صار
في هذا الى ظاهر الحديث لانه فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على ان المراجعة
كانت في الحيضة وايضا فانه انما امر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا
وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان
ذلك عليها اطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي
بعد الحيضة فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد الباب الثالث
في الخلع واسم الخلع والفدية والصلح والمبارات كلها تؤول الى معنى واحد وهو
بذل المراة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما اعطاها والصلح
ببعضه والفدية باكثره والمبارات باسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم
الفقهاء والكلام ينحصر في اصول هذا النوع من الفراق في اربعة فصول في جواز
وقوعه اولا ثم ثانيا في شروط وقوعه ثم ثالثا في نوعه اعني هل هو طلاق او فسخ
ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام الفصل الاول فاما جوازه وقوعه فعليه جمهور
العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به واما السنة فحديث ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس
اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه
في دين ولا خلق ولكن اكره الكفر في الاسلام بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخاري وابو داود

والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ ابو بكر بن عبد الله المزني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج
ان ياخذ من زوجته شيئا واستدل على ذلك بانه زعم ان قوله تعلى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به منسوخ بقوله وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن
قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا الآية والجمهور على ان معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها
فجائز وسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه او تخصيصه بآية الفصل الثاني واما شروط
جوازه الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع
الى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع الى من يجوز له الخلع من النساء او من اوليائهن
ممن لا يملك امرها ففي هذا الفصل اربع مسائل المسألة الاولى اما مقدار ما يجوز لها
ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها
من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وباقل وقال قائلون ليس له
ان ياخذ اكثر مما اعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض
في المعاملات رأى القدر فيه راجعا الى الرضا ومن اخذ بظاهر الحديث لم يجز اكثر من
ذلك وكانه رآه من باب اخذ المال بغير حق المسألة الثانية واما صفة العوض
فان الشافعي وابا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود
ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم مثل الآبق والشارد والثمرة
التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكي عن ابي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم
وسبب الخلاف تردد العوض ها هنا بين العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة
والموصى بها فمن شبهه بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في اعواض البيوع ومن
شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير
هل يجب له عوض ام لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا يستحق عوضا
وبه قال ابو حنيفة والشافعي يجب عليها مهر المثل المسألة الثالثة واما ما يرجع

الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على ان الخلع جائز مع
التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل في ذلك قوله تعلى
ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة وقوله
تعلى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وشذ ابو قلابة
والحسن البصري فقالا لا يحل للزوج الخلع حتى يشاهدها تزني وحملا الفاحشة
في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف الا يقيما حدود الله على ظاهر الآية
وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة
ما بيد الزوج من الطلاق فانه لما جعل بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة
اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة اقوال قول انه لا يجوز اصلا وقول
انه يجوز على كل حال ان مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول
مع خوف الا يقيما حدود الله وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر
المشهور المسألة الرابعة واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند
الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا باذن سيدها
وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب عن ابنته
الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يملك عليه الطلاق
في الابن الصغير قال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز لانه لا يملك عليه عندهم والله اعلم
وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن
مالك يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها
جاز وكان من راس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث واما
المهملة التي لا وصي لها ولا اب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع
مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين

فقال لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان. الفصل الثالث: وأما نوع الخلع فجمهور العلماء
على أنه طلاق، وبه قال مالك وأبو حنيفة، سوّى بين الطلاق والفسخ. وقال الشافعي
هو فسخ، وبه قال أحمد وداود، ومن الصحابة ابن عباس، وقد روي عن الشافعي أنه كناية،
فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق. وفائدة
الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا. وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا، لأنه لو كان
للزوج في العدة منها رجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى. وقال أبو ثور: إن لم يكن بلفظ
الطلاق لم يكن له عليها رجعة، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة. احتج من
جعله طلاقا بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما
ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ. واحتج من لم يره طلاقا
لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع. وعند هؤلاء أن المفسوخ
يقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع، أعني الإقالة. وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت
حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق، لا على أنه شيء غير الطلاق.
فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع
فرقة الفسخ أم ليس يخرجها. الفصل الرابع: وأما اللواحق ففيه مسائل كثيرة لكنا نذكر منها
ما شهر. فمنها: هل يلحق المختلعة في العدة طلاق أم لا؟ فقال مالك: لا يلحقها
إلا إن كان الكلام متصلا. وقال الشافعي: لا يلحق وإن كان الكلام متصلا. وقال
أبو حنيفة: يلحق، ولم يفرق بين الفور والتراخي. وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق
الأول من أحكام الطلاق، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح
مع المبتوتة أختها. فمن رآها من أحكام النكاح أردف الطلاق عنده، ومن لم ير
ذلك لم يردف. ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على
المختلعة في العدة إلا ما روي عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالا

إن رد لها

إن رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها. والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور
إن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون. ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في
عدتها. وقالت فرقة من المتأخرين: لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة. وسبب الخلاف هل المنع
من النكاح في العدة عبادة أو ليست بعبادة بل معللة. واختلفوا في هذه المختلعة
وسيأتي بعد. واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العوض الذي وقع به الخلع، فقال
مالك: القول قوله إذا لم يكن هناك بينة. وقال الشافعي: يتحالفان ويكون عليها مهر
المثل، وشبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين. وقال مالك: هي مدعى عليها وهو
مدع. ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا. الباب الرابع: واختلف قول
مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق
الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين: أحدهما أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني
في جوازه، وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق، مثل المحكم يتزوج المرأة
نفسها والمحرم على هذه الرواية، فهي طلاق لا فسخ. والقول الثاني أن الاعتبار في ذلك
هو السبب الموجب للفرقة، فإن كان ذلك غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة
على الزوجية معه لم يصح كان فسخا، مثل نكاح الحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة، وإن
كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا. الباب الخامس: ومما
يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة التمليك والتخيير. والتمليك
عند مالك في المشهور غير التخيير، وذلك أن التمليك هو عنده تمليك المرأة إيقاع الطلاق
فهو يحتمل الثلاث فما دونها، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة. والخيار
بخلاف ذلك عنده لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرا
مقيدا، مثل أن يقول لها: اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين. ففي الخيار
المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث، وإن اختارت
واحدة لم يكن لها ذلك. والمملكة لا يبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى
يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يفترقا من المجلس. والرواية الثانية

انه يبقى لها التمليك الى ان ترد او تطلق والفرق عند مالك بين التمليك و توكيله اياها على
تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل ان تطلق وليس ذلك له في التمليك وقال الشافعي
اختاري او امرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا ان ينويه وان نواه فهو ما اراد ان واحدة
فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده ان يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار والتمليك
وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال ابو حنيفة واصحابه
الخيار ليس بطلاق وان طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار
والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التمليك الا ان تطلق
نفسها وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري
وعطاء وقد قيل انه ليس للمراة في التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة
وذلك عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما وروي انه جاء ابن مسعود رجل فقال له
كان بيني وبين امراتي بعض ما يكون بين الناس فقالت لو ان الذي بيدك من امري بيدي
لعلمت كيف اصنع قال فان الذي بيدي من امرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال
اراها واحدة وانت احق بها ما دامت في عدتها وسالقى امير المومنين عمر ثم
لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله في ايديهم
فيجعلونه في ايدي النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال اراها واحدة وهو احق بها
قال وانا ارى ذلك ولو رايت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشيء
لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز ان يرجع الى يد المراة بجعل جاعل وكذلك
التخيير وهو قول ابي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق او
البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وابي حنيفة والاوزاعي
وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي ان التمليك اذا اراد به الطلاق كالوكالة
وله ان يرجع في ذلك متى احب ذلك ما لم توقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء
بالتمليك والتخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله
عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم

فلم يكن

فلم يكن طلاقا فلم يكن قال اهل الظاهر ان معنى ذلك لو اخترن انفسهن لطلقهن
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس الاختيار الطلاق
وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف
دلالة اللغة ان من ملك انسانا امرا من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه
قد خيره وانما مالك فيرى ان قوله لها اختاري او اختاري نفسك انه ظاهر بعرف
الشرع في معنى البينونة لتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم
منه انما كان البينونة وانما راى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التمليك لانه لم يرد به
طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها واما الشافعي
فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر
اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير واتفقوا على ان له مناكرتها
في العدد في لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهرة وانما
راى مالك والشافعي اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة ان الطلقة
تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وانما
راى ابو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك
فائدة ولما قصد هو من ذلك فائدة وانما راى من راى ان لها ان تطلق نفسها في التمليك ثلاثا
ان ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان
بيد الرجل من الطلاق بيد المراة فهي مخيرة فيما توقعه من اعداد الطلاق بيد
المراة فهي مخيرة فيما توقعه واما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط والتمليك
او التخيير فانما ذهب الى انه اقل ما ينطلق عليه الاسم واحتاط للرجال لان العلة
في منع جعل الطلاق بايدي النساء دون الرجال لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة
عليهن وسوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المراة اذا اختارت

زوجها فواحدة وان اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسألة للعلماء
في ثمانية مواضع احدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق والثاني انه تقع بهما فرقة
والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة اعني ان تملك بالتخيير
البينونة وبالتمليك ما دون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة
وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة واما
حكم الالفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ
التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق الجملة الثانية وفي هذه الجملة ثلاثة
ابواب الباب الاول في حكم الفاظ الطلاق وشروطه الباب الثاني في تفصيل
ما يجوز طلاقه ممن لا يجوز الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من
النساء ممن لا يقع الباب الاول وهذا الباب فيه فصلان الفصل
الاول في انواع الفاظ الطلاق المطلقة الفصل الثاني في انواع الفاظ
الطلاق المقيدة الفصل الاول اجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان
بنية ولفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح
او بالنية دون اللفظ او باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح
فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من اقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقود
في النذور واليمين اوقعه بالنية فقط ومن اغفل النية اوقعه باللفظ فقط
واتفق الجمهور على ان الفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية
واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي احكامها وما يلزم فيها ونحن
فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول فقال مالك
واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده
على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الفاظ

الطلاق

الطلاق الصريحة ثلاثة الطلاق والفراق والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال
بعض اهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في الطلاق
من غير صريحة وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعي
دلالة وضعية بالشرع فصار اصلا في هذا الباب واما الفاظ الفراق والسراح
فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف اعني ان تدل بعرف الشرع على
المعنى الذي يدل عليه الطلاق او هي باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت
في هذا المعنى اعني في معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا معنى الكناية اعني الذي
يكون مجازا في دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ
الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ
فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي واما اختلافهم في صريح الفاظ الطلاق
ففيه مسألتان مشهورتان احداهما اتفق مالك والشافعي وابو حنيفة عليها
والثانية اختلفوا فيها فاما التي اتفقوا عليها فان مالكا والشافعي وابا حنيفة
قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بالفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقا اعني
اذا قال لزوجته انت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستثنت
المالكية بان خالفته الا ان يقترن بالمرأة قرينة تدل على صرفه عنه مثل
ان تسأله ان يطلقها من وثاق هي فيه فيقول لها انت طالق وفي المسألة
عند الشافعي وابي حنيفة ان الطلاق عندهم لا يحتاج الى نية واما مالك
فالمشهور عنه انه يحتاج الطلاق عنده الى نية لكن لم ينوه في هذا الموضع
للتهمة ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذريعة وذلك مما خالفه فيه الشافعي وابو حنيفة
فيجب على رأي من يشترط النية في الفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهمة ان يصرفه
فيما ادعى والفرق بين مذهب ابي حنيفة والشافعي ومذهب مالك ان ابا حنيفة
والشافعي لما لم يدل لفظ الطلاق عندهم الا على معنى واحد وهو انفصال

العصمة الزوال المطلق الطلاق وان ادعى انه لم تكن له نية لانه من المستحيل ان ينطق
احد بلفظ هو نص في معنى واحد ويقول انه لم تكن له في ذلك المعنى الذي يدل عليه اللفظ
نية لان النية هي احضار الذي يدل عليه ذلك المعنى في النفس الا ان يكون نطقه باللفظ
وهو ساه عن دلالته فيكون نطقه به كلا شيء وانما ذلك فلما كان هذا اللفظ قد يصلح
لغير المعنى الشرعي راعى فيه الحال فقال ان كانت في غير وادعى انه اراد حلها من
القيد صدق ومذهب الشافعي وابي حنيفة مبني على مذهب من يرى ان العرف الشرعي
ينقل اللفظ من الدلالة اللغوية الى ما يجري مجرى النص من الدلالة الشرعية
حتى تبطل الدلالة اللغوية من التي كانت في اول الامر وهذا عسير بل العرف
انما ينقل الدلالة اللغوية من الاحتمال الى الظهور لا من الاحتمال الى النص فتبين
هذه المسألة فانها عجيبة واذا لم تنقل وجب ان يصدق فيما ادعى وان لم تكن
هناك قرينة حال واما المسألة الثانية فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته انت
طالق وادعى انه اراد بذلك اكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثا فقال مالك
هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعي الا ان يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول
هو المختار عند اصحابه وابو حنيفة قال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد
لا يتضمنه لفظ الامر لا كناية ولا تصريحا وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق
بالنية دون اللفظ او بالنية مع اللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل
العدد ومن رأى انه لا يحتمل العدد وانه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق
والنية قال لا يجب العدد وان نواه وهذه المسألة اختلفوا فيها وهي من
مسائل شهود العلماء الطلاق اعني اشتراط النية مع اللفظ او انفراد
احدهما فالمشهور عن مالك ان الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية وبه قال
ابو حنيفة وقد روي عنه انه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي ان لفظ
الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله انما الاعمال

بالنية

بالنية ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه السلام رفع عن امتي
الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها والنية دون قول حديث نفس قال
وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم ان تكون النية
كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها
طلاق بائن اذا قصد بذلك الطلاق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل
لا يقع وهذه المسألة من مسائل احكام صريح الفاظ الطلاق واما الفاظ الطلاق
التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي
محتملة ومذهب مالك انه ان ادعى في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقا لم يقبل
منه الا ان يكون هنالك قرينة تدل على ذلك وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون
الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في
الخلع واما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث
لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة
ومثل قولهم انت خلية وبرية واما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة
فانه يرجع في ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقا كان طلاقا وان كان نوى ثلاثا
كان ثلاثا او واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول ابي حنيفة في ذلك مثل قول
الشافعي الا انه اذا نوى على اصله واحدة او اثنتين وقع عنده طلقة واحدة
بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوه لم يصدق وذلك
اذا كان عنده في مذاكرة الطلاق وابو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت
بها هذه القرينة الا اربع حبلك على غاربك واعتدي واستبرئي وتقنعي لانها عنده
من المحتملة غير الظاهرة واما الفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فمذهب
مالك انه يعتبر فيها النية كالحال عند الشافعي في الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور
العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة
ثلاثة اقوال قول انه يصدق بالطلاق وهو قول الشافعي وقول انه لا يصدق

في الطلاق الا ان يكون هناك قرينة وهو قول مالك وقول انه يصدق الا ان يكون في
مذاكرة الطلاق وهو قول ابي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل بين حد ما بين
بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة
فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل
قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد بها طلاقا لان العرف اللغوي والشرعي شاهد
عليه وذلك ان هذه الالفاظ انما يطلقها الناس فيها غالبا والمراد بها الطلاق الا ان
تكون هناك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل قوله فيما يدعيه
من دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هي البينونة والبينونة لا تقع
الا خلعا عنده في المشهور او ثلاثا واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض
فبقي ان يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان
البائن يقع دون عوض ودون عدد ان يصدق في ذلك ويكون واحدة بائنة وحجة
الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح
الفاظ الطلاق كان احرى ان يقبل قوله في كناياته لان دلالة الصريح اقوى من دلالة
الكناية ويشبه ان تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا في الطلاق
فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم وهو
مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى ان الطلاق في الكنايات
الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار
ابو حنيفة الى انه يكون بائنا لان المقصود قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا
لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده وسبب اختلافهم
هل يقدم عرف اللفظ على النية او النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف
اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط او العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف
اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ولما اختلف الصدر الاول
وفقهاء الامصار في هذا الباب اعني من جنس المسائل الداخلة في هذا

الباب

الباب لفظ التحريم اعني من قال لزوجته انت علي حرام وذلك ان مالكا قال يحمل
في المدخول بها على البت الثلاث وينوي في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله
المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن ابي ليلى وزيد بن ثابت وعلي
من الصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوي في غير المدخول
وتكون ثلاثا فيهن ثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة بائنة وان نوى
يمينا فهي يمين يكفرها وان لم ينو بها طلاقا ولا يمينا فليس بشيء
هي كذبة وممن قال بهذا القول الثوري والقول الثالث انه يكون ايضا ما نوى
فان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فثلاث فان لم ينو شيئا فهي يمين يكفرها
وهذا القول قاله الاوزاعي والقول الرابع انه ينوي فيها في موضعين في ارادة
الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان اراد
تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي والقول الخامس
انه ينوي ايضا في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو
طلاقا فهو يمين وهو مول وان نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول
قاله ابو حنيفة واصحابه والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين
الا ان بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن
عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان
لكم في رسول الله اسوة حسنة خرجه البخاري ومسلم وذهب الى الاحتجاج بقوله
تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الاية والقول السابع ان تحريم المراة
كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى لا تحرموا طيبات
ما احل الله لكم وهو قول مسروق بن الاجدع وابي سلمة بن عبد الرحمن
والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم اوجب
فيها الواجب في الظهار وبعضهم اوجب فيها عتق رقبة وسبب

الاطلاق هل هو يمين او كناية او ليست يمينا ولا كناية فهذه من اصول ما يقع من
اختلاف العلماء في الطلاق. الفصل الثالث في العلماء في الطلاق المقيد والطلاق المقيد
لا يخلو من قسمين اما تقييد اشتراط او تقييد استثناء والتقييد المشترط
لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار او من لا اختيار له او بوقوع فعل من الافعال
المستقبلة او خروج شيء مجهول العلم الى الوجود الى ما يدعيه المطلق الطلاق
به مما لا يتوصل لعلمه الا بعد خروجه الى الحس او الى الوجود او مما لا سبيل الى
الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون والا يكون فاما تعليق الطلاق بالمشيئة
فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله او بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله
وسواء علقه على جهة الشرط مثل ان يقول انت طالق ان شاء الله او على
جهة الاستثناء مثل ان يقول انت طالق الا ان يشاء الله فان مالكا قال
لا يوثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع والابد وقال ابو حنيفة و
الشافعي اذا استثنى المطلق بمشيئة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف
هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة
او لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يوثر الاس
الاستثناء ولا الشرط في المشيئة الطلاق ومن قال يتعلق به قال يوثر فيه
واما من علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا
خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقع على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته
واما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب فقيل
يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن
شبههم بطلاق الهازل وكان الطلاق بالهازل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق
ومن اعتبر وجود شرطه قال لا يقع لان الشرط قد عدم ها هنا واما تعليق الطلاق

بالافعال المستقبلة فان الافعال التي تعلق توجد على ثلاثة اضرب
احدها ما يمكن ان يقع والا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا
يوقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف واما ما لا بد من وقوعه
كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزا عند مالك ويوقفه وقوعه عند الشافعي
وابي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع
الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه
موقتا مستندا الى اجل قال يقع الطلاق والثالث هو ما الاغلب منه بحسب
العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل وبمجيء الحيض
والطهر ففي ذلك روايتان عن مالك احدهما وقوع الطلاق ناجزا والاخرى وقوعه
على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب ابي حنيفة والشافعي والقول بالانجاز
الطلاق في هذا يضعف لانه مشبه عنده بما يقع وما لا والخلاف فيه قوي واما
تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان
يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتا بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف
اعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا واما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه
الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج
ذلك الشيء الى الوجود واما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق يقع
في الحين عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس
يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء او ضده واما قول مالك انه اذا
اوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه يحنث
حتى يفعل ذلك الفعل واذا اوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من
الافعال انه على البر حتى يفعل ويوقف عنه عن وطء زوجته فان امتنع

عن ذلك الفعل اكثر من مدة اجل الايلاء ضرب له اجل ولكن لا يقع عنده حتى يفوت
الفعل او كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى انه على بر حتى يفوت الفعل
وان كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت ومن هذا الباب اختلافهم
في تبعيض المطلقة او تبعيض الطلاق وارداف الطلاق على الطلاق فاما
مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك او رجلك او شعرك
طالق طلقت وقال ابو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن
كالراس والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث والربع
وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقة نصف تطليقة طلقت لان
هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا لم يتبعض لم يقع واما اذا قال لغير
المدخول بها انت طالق انت طالق انت طالق نسقا فانه تكون ثلاثا عند مالك
وقال ابو حنيفة والشافعي تقع واحدة فمن شبهه تكرار اللفظ بالعطف بالعدد
اعني بقوله طلقت ثلاثا ولا خلاف بين المسلمين في تراجعه في الطلاق الرجعي واما
الطلاق المقيد بالاستثناء فانه انما يتصور في العدد فقط فاذا طلق اعدادا من
الطلاق المقيد بالاستثناء فانه انما يتصور في العدد فقط فاذا طلق اعدادا من
الطلاق فلا يخلو من ثلاثة احوال اما ان يستثني ذلك العدد بعينه مثل ان يقول
انت طالق ثلاثا الا ثلاثا او اثنتين الا اثنتين واما ان يستثني ما هو اقل
واذا استثنى ما هو اقل فاما ان يستثني ما هو اقل فما هو اكثر واما ان يستثني
ما هو اكثر فما هو اقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف اعلمه ان الاستثناء
يصح وسيغه المستثنى مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الا واحدة واما
ان استثنى الاكثر من الاقل فيه قولان احدهما ان الاستثناء لا يصح
وهو مبني على منع ان يستثنى الاكثر من الاقل والاخر ان الاستثناء يصح

وهو

وهو قول مالك واما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الا ثلاثا
فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمه على انه رجوع منه واما اذا لم يقل بالتهمة
وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال انت طالق
لا طالق معا فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذ ابو محمد بن حزم فقال الطلاق
طلاق بصفة لم تقع بعد ولا يعقل لم يقع ان الطلاق في وقت وقوعه الا بايقاع
من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت
لم يوقعه فيه المطلق وانما الزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا بالالزام وان يوقع عنه ذلك
الوقت حتى يوقع فهذا قياس قوله عنده وحجته وان كنت لست اذكر في هذا الوقت احتجاجه
في ذلك الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق واتفقوا على انه الزوج العاقل البالغ الحر
غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب البلوغ
واتفقوا على انه يقع طلاق المريض واختلفوا هل ترثه ان مات فاما طلاق المكره فانه
غير واقع عند مالك والشافعي وداود واحمد وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر
وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي ابن ابي طالب وابن عباس وفرق اصحاب الشافعي
ان ينوي الطلاق او لا ينوي فان نوى الطلاق ففيه قولان والصحيح لزومه وان لم ينوه
فقولان الصحيح انه لا يلزم وقال ابو حنيفة واصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه
ففرقوا بين البيع والطلاق وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار ام ليس مختارا
لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة
هو الذي لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء اصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله
عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن
الاظهر ان المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع
اسم المكره لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وانما فرق ابو حنيفة
بين البيع والطلاق لان الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى هزله وجده

وأما طلاق الصبي فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس في المختصر
أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل إذا أطاق صيام رمضان وقال عطاء
إذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروي عن عمر بن الخطاب وأما طلاق السكران
فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة
والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء
إذ كان كلاهما فاقدا للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق
بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم
السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران
بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح
والقتل ولا يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء
من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف
وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن
عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم أنه
لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه
ليس نصا في إلزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور
وإسحاق وجماعة من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك
واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير
واقع وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فإن مالكا وجماعة يقولون
ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثونها والذين قالوا بتوريثها انقسموا
ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة
وأصحابه والثوري وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى
وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم تكن تزوجت أو لم تتزوج وهو مذهب مالك

والليث

والليث وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان
المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال
بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب
لها ميراثا وذلك أن هذه الطائفة تقول إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع
أحكامه لأنهم قالوا إنه لا يرثها إن ماتت وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع
أحكامها ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يعسر أن يقول في الشرع نوع من
الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك
القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصح
أو لا يصح وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن إنما أنس القائلون به
لأنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فإن
الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من رأى أنها ترث في العدة فلأن العدة عنده
من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية وروي هذا القول عن
عمر وعائشة وأما من اشترط في توريثها ما لم تتزوج فإنه لحظ في ذلك إجماع
المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند
الذين أوجبوا الميراث اختلفوا إذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج
فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا وفرق الأوزاعي بين التمليك والطلاق
فقال فليس لها الميراث في التمليك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى
قال إن ماتت لا يرثها وترثه إن مات وهذا مخالف للأصول جدا

الباب الثالث

فيما يتعلق به الطلاق من النساء وأما من يقع عليه الطلاق من النساء فإنهم
اتفقوا أن الطلاق المطلق يقع على النساء اللائي في عصمة أزواجهن أو قبل أن
تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي وأنه لا يقع على الأجنبيات أعني الطلاق
المطلق وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزوج مثل أن يقول

ان نكحت فلانة فهي طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق
بأجنبية أصلا عمم المطلق او خصص وهو قول الشافعي واحمد وداود وجماعة وقول انه
يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء او خصص وهو قول ابي حنيفة وجماعة
وقول انه ان عمم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك واصحابه
اعني مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان او من بلد كذا فهي طالق وكذلك
في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن وسبب الخلاف هل من شرط وقوع
الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق او ليس من شرطه فمن قال هو من
شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط
قال يقع واما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبني على المصلحة وذلك انه اذا
عمم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا وحرجا
وكانه من باب نذر المعصية واما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا ألزمناه الطلاق
واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية اخرى لا طلاق الا فيما
يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن
عباس وعائشة وروي مثل قول ابي حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف
قوم الرواية بذلك عن عمر الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق
~~البائن غير احكام الرجعة~~ ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي
وكانت احكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير احكام الرجعة بعد الطلاق
الرجعي وجب ان يكون في هذا الباب فصلان الاول في احكام الرجعة في الطلاق
الرجعي الثاني في احكام الارتجاع في الطلاق البائن الفصل الاول واجمع
المسلمون على ان الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت
في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك

وانما

وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا
هل الاشهاد شرط في صحتها او ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء
فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب وسبب
الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي ان لا يجب
الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب واما اختلافهم فيما
تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي
وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقوم قالوا لا تصح
الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده يتنزل منزلة القول
مع النية وهو قول مالك وابو حنيفة فاجاز الرجعة بالوطء دون النية فاما الشا فعي
فقاس الرجعة على النكاح وقال قد امر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على
القول واما سبب الاختلاف بين مالك وابي حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعية محللة
الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده
ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلا بد
عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شرط صحة الرجعة واختلفوا فيما يجوز
للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت في العدة فقال مالك لا يخلو
معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال
ابو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب وتتشوف وتبدي
البنان والكحل وبه قال الثوري وابو يوسف والاوزاعي وكلهم
قالوا لا يدخل الا ان يعلمها بدخوله بقول او حركة من تنحنح او خفق نعل واختلفوا
من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم راجعها فيبلغها
الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي
عقد عليها النكاح دخل بها او لم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال

الاوزاعي والليث وروي عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول
اولى بها الا ان يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه
لانه اثبته في موطئه الى يوم مات وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في
الموطأ واما الشافعي والكوفيون وابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي
ارتجعها احق بها دخل بها الثاني او لم يدخل وبه قال داود وابو ثور وهو مروي عن علي
وهو الابين وقد روي عن عمر بن الخطاب انه قال في هذه المسألة ان الزوج الذي ارتجعها
يخير بين ان تكون امرأته وان يرجع عليها بما كان اصدقها وعمدة مالك في الرواية الاولى
ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت
السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره
انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن
ابن شهاب فقط وعمدة الفريق الاول ان العلماء قد اجمعوا على ان الرجعة صحيحة
وان لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج واذا
كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسدا فان نكاح الغير لا تاثير له في ابطال الرجعة
لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لذلك ما خرجه الترمذي
عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة تزوجها اثنان فهي
للاول منهما وان باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما الفصل الثاني والطلاق
البائن اما بدون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف وفي المختلعة
باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق البائن
حكم ابتداء النكاح اعني في اشتراط الصداق والولي والرضى الا انه لا يعتبر فيها
انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة
ولا غيره وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة واما البائنة بالثلاث
فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث
رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة ابنة وهب في عهد رسول الله صلى الله
عليه

عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع ان يمسها
ففارقها فاراد رفاعة زوجها الاول ان ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال
انه جائز ان ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والنكاح
ينطلق على العقد لعموم قوله تعالى حتى تنكح وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن
البصري فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء الى ان الوطء الذي يوجب الحد ويفسد
الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين
بني وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير
صوم او حج او حيض او اعتكاف ولا يحل الذمية عنده وطء زوج ذمي لمسلم ولا وطء
من لم يكن بالغا وخالفهم في هذا كله الشافعي وابو حنيفة والثوري والاوزاعي فقالوا
يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد او وقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم
يحل ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصي الذي يبقى
له ما يغيبه في الفرج والخلاف في هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح اصناف
الوطء الناقص ام لا يتناوله واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل اعني اذا تزوجها
على شرط ان يحلها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده
والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده
ارادة الرجل وقال الشافعي وابو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال داود و
جماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط
باطل اي ليس يحلها وهو قول ابن ابي ليلى وروي عن الثوري واستدل مالك واصحابه
بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن ابي طالب وابن مسعود
وابي هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له
قالوا فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهي والنهي

يدل على فساد المنهي واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه واما الفريق
الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وهذا ناكح قالوا وليس في تحريم قصد
التحليل ما يدل على ان عدمه شرط في صحة النكاح كما انه ليس في النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة
ما يدل على ان من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة او الاذن من مالكها في ذلك قالوا
واذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فاحرى الا يدل على بطلان التحليل وانما
لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق
ليس بيدها واختلفوا هل يهدم ما دون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال الشافعي
ومالك لا يهدم اعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها
هل تعتد بالطلاق الاول ام لا فمن راى ان هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال
لا يهدم ما دون الثالثة عنده ومن راى انه اذا هدم الثالثة فهو احرى ان يهدم ما دونها
قال يهدم ما دون الثلاث فهذه الجملة الرابعة وهذه الجملة فيها بابان الباب الاول
في العدد والثاني في المتعة الباب الاول والنظر في هذا الباب في فصلين الفصل
الاول في عدد الزوجات الفصل الثاني في عدد ملك اليمين الفصل الاول
والنظر في عدد الزوجات ينقسم الى نوعين احدهما في معرفة العدة والثاني في معرفة
احكام العدة النوع الاول وكل زوجة فهي اما حرة واما امة وكل واحدة من
هاتين اذا طلقت فلا يخلو ان يكون مدخولا بها او غير مدخول بها فاما غير المدخول
بها فلا عدة عليها بالاجماع لقوله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والمدخول
بها فلا يخلو من ان تكون من ذوات الحيض او من غير ذوات الحيض وغير ذوات
الحيض اما صغار واما يائسات وذوات الحيض اما حوامل واما جاريات على
عادتهن في الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض
من غير حمل اما مرتابات بالحمل اي بحس في البطن واما غير مرتابات وغير
المرتابات اما معروفة سبب انقطاع الحيض من رضاع او مرض واما غير

معروفة فاما ذوات الحيض الحائلات الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن
ثلاثة اقراء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن
عدتهن ثلاثة اشهر ولا خلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم الآية واختلفوا من هذه الآية
في الاقراء ما هي فقال قوم هي الاطهار اعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم
هي الدم نفسه وممن قال الاقراء هي الاطهار اما من فقهاء الامصار فمالك
والشافعي وجمهور اهل المدينة وابو ثور وجماعة واما من الصحابة فابن عمر
وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض اما من فقهاء الامصار
فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماعة واما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب
وابن مسعود وابو موسى الاشعري وحكى الاثرم عن احمد انه قال الاكابر من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض وحكى عن الشعبي
انه قول احد عشر او اثنا عشر من اصحابه عليه الصلاة والسلام واما احمد ابن
حنبل فاختلفت الرواية عنه فروي عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد
بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقف الآن من اجل ان قول علي وابن مسعود
هو انها الحيض والفرق بين هذين المذهبين ان من راى انها الاطهار قال اذا دخلت
الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن راى
انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة وسبب الخلاف اشتراك
اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام
كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين
قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان
القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري

وايضا فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء يراد به الحيض لما
ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا
ايضا ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قريت الماء في الحوض اي
جمعته وزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو اقوى ما تمسك به الفريق الاول
من ظاهر الآية واما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله
تعالى ثلاثة قروء ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه
الا تجوزا واذا وصفت الاقراء بانها الاطهار امكن ان تكون العدة عندهم بقرءين
وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي يطلق فيه وان مضى اكثره واذا كان ذلك
كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزا واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء
منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هي الحيض لان الاجماع منعقد على انه ان
طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية
من جهة لفظ القرء والذي رضيه الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل ينبغي ان
يطلب من جهة اخرى فمن اقوى ما تمسك به من راى ان الاقراء هي الاطهار حديث
ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر
ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله
ان يطلق لها دليل واضح على ان العدة من الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة
ويمكن ان يتناول قوله فتلك العدة اي فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض
القرء بالطلاق في الحيض واقوى ما تمسك به الفريق الثاني ان العدة انما شرعت
لبراءة الرحم وبراءته انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كانت عدة من ارتفع
الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء
هي الحيض واحتج من قال الاقراء هي الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو

النقلة

النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة فاذا
كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعني المشترط هو الاطهار التي بين
الحيضتين ولكلي الفريقين احتجاجات طويلة وفي مذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى
وحجتهم من جهة المسموع متساوية او قريب من متساوية ولم يختلف القائلون
ان العدد من الاطهار التي تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعي وقيل
حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود
ومن الفقهاء الثوري واسحاق وابو عبيد وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها
وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك
ومن قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ وجمهورهم من حال الحائض
التي تحيض واما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هنالك ريبة حمل
ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن
اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتدت بالحيض
واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت
ثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثاني
انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت
ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة
الحيض تمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من
متى تعتد بالتسعة فقيل يوم طلقت وهو قوله في الموطا وروى ابن القاسم
عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال ابو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع
حيضتها وهي لا تيئس منه في المستانف انها تبقى ابدا تنتظر حتى تدخل في السن
التي تيئس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول

مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد
وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود انما هو ما يقع به براءة الرحم فقط
فالبراءة يقال انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم
ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد ثلاثة اشهر عدة اليائسة فان حاضت
قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء
الثاني والسنة الى ان يمضي لها ثلاثة اقراء واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاتي هن من
اهل الحيض ليست بيائسة وبعض الرأي فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد ثلاثة اشهر
لكان جيدا اذا فهم من اليائسات التي لا تقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم
راجع الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله عليه مالك وكان مالك يطابق مذهبه تأويله
الاية فانه فهم من اليائسة هنا من يقطع على انه من اهل الحيض وبعد الا يكون الحيض
من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض اي ان
شككتم في حكمهن ثم قال في التي تبقى تسعة اشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض
انها تعتد بالاشهر واما اسمعيل وابن بكير من اصحابه فذهبوا الى ان الريبة هنا
هي في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما ييئس منه بالقطع
فطابقوا تأويل الاية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان لم
يكن هنا هي اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به التي تكون في
هذا السن اعني سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب
ان تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس اهل
الظاهر لان اليائسة في الطرفين ليس من عندهم من اهل العدد لا بالاقراء ولا
بالشهور واما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان وانما

التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم من رضاع او مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر
الحيض قصر الزمان او طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها بغير سبب
واما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين
الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز
فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تتميز لها
فثلاثة اشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر
القاني من ايام الحيضة ويكون الاصفر من ايام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت
بعدد ايام حيضتها في صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التي
لا تحيض وهي من اهل الحيض والشافعي انما ذهب في العارفة ايامها انها
تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة
اتركي الصلاة ايام اقرائك فاذا ذهب قدرها عنك فاغسلي الدم وانما اعتبر
التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش اذا كان
دم الحيض فانه دم اسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة فاذا
كان الاخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرجه ابو داود وانما ذهب من ذهب الى
عدتها اذا اختلط عليها الدم بالشهور لانه معلوم في الاغلب ان في كل شهر حيضة
وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه واما
المسترابة التي تجد حسا في بطنها فتظن به انه حمل فانها تمكث اكثر مدة الحمل
وقد اختلف فيه فقيل في المذهب اربع سنين وقيل خمس وقال اهل الظاهر
تسعة اشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل بوضع حملهن اعني المطلقات
لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن واما الزوجات غير الحرائر
فانهن ينقسمن ايضا بتلك الاقسام بعينها اعني حيضا ويائسات
ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات فاما الحيض

التي يأتيها حيضتان فالجمهور على ان عدتها حيضتان في كل الحرة وبه قال ابن المسيب فاهل
الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي
مما ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس
الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد لكونه متنصفا مع الرق وانما
جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض واما الامة المطلقة اليائسة
من الحيض والصغيرة فان مالكا واكثر اهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة اشهر
وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف
عدة الحرة وبنى القياس اذ اخلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب في قوله فمرة
اخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة اخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس
في ذلك واحد واما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة
والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة واتفقوا على ان المطلقة قبل الدخول لا عدة
عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم ارتجعها ففا رقها
قبل ان يمسها هل تستأنف عدة ام لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف
العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو احد قولي الشافعي
وقال داود ليس عليها ان تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك
ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولي وقال الشافعي
اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء بنت على عدتها الاولى وقول الشافعي
اقيس وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تتوقف صحتها عنده على الانفاق
فان اتفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاق وان لم ينفق بقيت على
عدتها الاولى واذا تزوجت في العدة فعند مالك في ذلك روايتان احداهما
تداخل العدتين والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك
حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب ان تتعدد بتعدد

الوطء

الوطء الذي له حرمة واذا اعتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند
مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال ابو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي
دون البائن وقال الشافعي تنتقل في الوجهين معا وسبب الخلاف هل العدة
من احكام الزوجية او من احكام انفصالها فمن قال من احكام الزوجية قال
لا تنتقل عدتها ومن قال من احكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو
عتقت وهي زوجة ثم طلقت واما من فرق بين البائن والرجعي فبين وذلك ان
الرجعي فيه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا ماتت وهي
في عدة من طلاق رجعي انها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي
النظر في العدد القسم الثاني واما النظر في احكام العدد فانهم اتفقوا على ان
للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الاية ولقوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها
اذا لم تكن حاملا على ثلاثة اقوال احدها ان لها السكنى والنفقة وهو قول
الكوفيين والقول الثاني انه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول احمد وداود وابو ثور
واسحق وجماعة والثالث ان لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي
وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة الكتاب
له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روي في حديث فاطمة بنت قيس
انها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتيت
النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض
الروايات ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما السكنى والنفقة
لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر

في حديث الله واما الذين اوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه
مالك في موطاه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها صلى الله عليه وسلم
ليس لك عليه نفقة وامرها ان تعتد في بيت ابن ام مكتوم ولم يذكر فيه اسقاط
السكنى فبقي على عمومه في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
وعللوا امره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد في بيت ابن ام مكتوم لانه كان
في لسانها اذاء واما الذين اوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب
السكنى لها بعموم قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وصاروا
الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي
الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت
النفقة ولذلك روي عن عمر انه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب
نبينا وسنته لقول امراة يريد قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه اوجب
النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسالة اما ان يقال ان لها
الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما ان يخصص
هذا العموم بحديث فاطمة المذكورة واما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى
فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغي ان تعلم ان المسلمين اتفقوا على
ان العدة تكون في ثلاثة اشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها اذا اعتقت
واختلفوا فيها في المفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة
تتعلق به احكام عدة الموت والايلا ان نذكرها هنا فنقول ان المسلمين
اتفقوا على ان عدة الحرة من زوجها الحر اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة

واذا لم

واذا لم تاتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر اما اذا احكمها فذهب مالك
ان من شرط تمام هذه العدة ان تحيض حيضة واحدة في هذه المدة وان لم
تحض حتى عشرة مستريبة فتمكث مدة الحمل وفيه سنة انها اقل الحيض ولا
تكون مستريبة وذلك اذا كانت عادتها في الحيض اكثر من مدة العدة
وهذا ما غير موجود اعني ما تكون عادتها ان تحيض ما اكثر من اربعة
اشهر الى اكثر من اربعة اشهر واما نادر واختلف عنه في من هذه حاله
من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم
تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا الجمهور
فقهاء الامصار ابو حنيفة والشافعي والثوري واما المسالة الثانية
وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار
عدتها ان تضع حملها مصيرا الى عموم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن وان كانت الاية في الطلاق واخذا ايضا بحديث ام سلمة ان
سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك
عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عدتها اخر الاجلين يريد انها تعتد باقصى
الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروي مثل ذلك عن علي
[illegible] كرم الله وجهه والحجة له ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين
عموم اية الحوامل واية الوفيات واما الامة المتوفى عنها زوجها فانها لا تخلو
ان تكون زوجة او ملك يمين او ام ولد او غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور
ان عدتها نصف عدة الحرة قياسا على الحد وقال اهل الظاهر بل عدتها
عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا الى التعميم واما ام الولد

فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال
ابن عمر قال مالك وإن كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى
وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود
وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة
الحرة أربعة أشهر وعشر وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة
فتعتد ثلاث حيض فلم يبق إلا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيها بالأمة
يموت عنها سيدها وذلك مما لا خلاف فيه وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما وجبت
عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بأمة فتعتد عدة
أمة فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الأحرار وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا
بحديث روي عن عمرو بن العاص لا تلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه
وسلم عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر وضعف
أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها
بالزوجة الأمة وسبب الخلاف أنها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه
بين الأمة و الحرة وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف
وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبي حنيفة الباب
الثاني في المتعة والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال
قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب إليها وليست
واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يسم لها صداقا مسمى وقال الشافعي
هي واجبة لكل مطلقة إذا كان النشوز من قبله إلا التي سمي لها وطلقت
قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء واحتج أبو حنيفة بقوله تبارك وتعالى
يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل

أن تمسوهن

أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلم أنه لا متعة لها مع
التسمية والطلاق قبل المسيس لأنه إذا لم تجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب
لها المتعة وهذا العموم يحتمل لأنه حيث لم تجب لها الصداق أقيمت المتعة
وهذا مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم تجب لها شيء وأما
الشافعي فحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى ومتعوهن على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره على العموم في كل مطلقة إلا التي سمى لها وطلقت
قبل الدخول وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم والجمهور على أن
المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كما قال في التي طلقت قبل
الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطي
وأما مالك فإنما حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية حقا على
المحسنين أي على المتفضلين المجملين وما كان من باب الإجمال والإحسان
فليس بواجب واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها إحداد فقال مالك
ليس عليها إحداد باب في بعث الحكمين اتفق العلماء على جواز
بعث الحكمين إذا وقع الشقاق لقوله تعالى وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا
حكما من أهله وحكما من أهلها الآية وأجمعوا أن لا يكونا إلا من أهل الزوجين
أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل الزوجة إلا أن لا يوجد في أهلهما من
يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ
قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين
واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن
من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة

والاجتماع بغير توكيل من الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وابو حنيفة
واصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج لهما التفريق وحجة مالك
ما رواه مالك عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه انه قال في الحكمين اليهما
الفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وابي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس
بيد احد سوى الزوج او من يوكله الزوج واختلف اصحاب مالك في الحكمين يطلقان
ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال اشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها
ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا ان يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج
الشافعي وابو حنيفة بما روي في حديث علي انه قال للحكمين هل تدريان
ما عليكما ان رايتما ان تجمعا جمعتما وان رايتما ان تفرقا فرقتما فقالت
المراة رضيت بكتاب الله تعالى وبما فيه لي وعلي فقال الرجل اما الفرقة فلا
فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما اقرت به المراة قال فاعتبر في ذلك
اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق في الضرر
ثمت عنوانه بحمد الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه
وسلم تسليما

كتاب الايلاء

والاصل في هذا قوله تعالى
للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر والايلاء ان يحلف ان لا يطأ الرجل
زوجته اما مدة هي اكثر من اربعة اشهر او اربعة اشهر او بلا تقييد على الاختلاف
المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع فمنها
هل تطلق المراة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولي ام انما
تطلق بان يوقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء
يكون بكل يمين ام بالايمان المباحة فقط ومنها ان امسك عن الوطء بغير

يمين فهل يكون موليا ام لا ومنها هل المولي هو الذي قيد يمينه بمدة من اربعة اشهر
فقط او اكثر من ذلك او المولي هو الذي لم يقيد يمينه بمدة اصلا ومنها هل طلاق
الايلاء بائن او رجعي ومنها ان ابى الطلاق والفيء هل يطلق القاضي عليه ام لا
ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزوج الثاني
ومنها هل من شرط رجعة المولي ان يطأ في العدة ام لا ومنها هل ايلاء
العبد حكمه حكم ايلاء الحر ام لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء يلزمها
عدة ام لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التي
تنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسئلة مسئلة منها
وعيون ادلتهم واسباب خلافهم على ما قصدنا المسئلة الاولى اما اختلافهم
هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها ام لا تطلق وانما الحكم ان يوقف فاما
فاء واما طلق فان مالكا والشافعي واحمد وابا ثور وداود والليث ذهبوا
الى انه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول علي وابن عمر
وان كان قد روي عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب ابو حنيفة واصحابه و
جملة الكوفيين وبالجملة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة
الاشهر الا ان يفيء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب
الخلاف هل قوله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم فان فاءوا قبل انقضاء الار
الاشهر او بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم
عنده في قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم الا يفيء حتى تنقضي
العدة ومن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال
معنى قوله تعالى وان عزموا الطلاق اي باللفظ فان الله سميع عليم

تشبيهه

والحجة الكبيرة للجمهور ادلة اظهرها انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت
مدة الاجل في الديون المؤجلة الدليل الثاني ان الله اضاف الطلاق الى فعله وعند الخصم
ليس يقع من فعله الا تجوزا اعني بنسبته اليه الى مذهب الحنفية الا تجوزا وليس
يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل الثالث قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله
سميع عليم فالواجب ان يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ
لا بانقضاء المدة الرابع ان الفاء في قوله تعالى فان فاءوا ظاهرة في معنى التعقيب فدل
ذلك على ان الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة واما ابو حنيفة
فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت
لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعي وشبهوا هذه المدة
بالعدة وهو شبه قوي وروي ذلك عن ابن عباس المسألة الثانية واما اختلافهم
في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي
لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله او بصفة من صفاته فمالك اعتمد
العموم اعني عموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والشافعي شبه الايلاء باليمين
الكفارة وذلك ان كلتا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعي فوجب ان يكون اليمين
الذي يترتب عليه حكم الايلاء من اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة المسألة
الثالثة واما تعلق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور
على انه ليس من حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه ذلك اذا قصد الاضرار بترك
الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد بيمين
او بغير يمين لان الضرر يوجد في الحالتين جميعا المسألة الرابعة واما اختلافهم
في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب ان تكون اكثر

من اربعة

من اربعة اشهر اذ كان الفيء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وابو حنيفة يرى ان مدة
الايلاء عنده هي الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب
الحسن وابن ابي ليلى الى انه اذا حلف وقتا ما وان كان اقل من اربعة اشهر
كان موليا يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروي عن
ابن عباس ان المولي هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأبيد والسبب
في اختلافهم في المدة اطلاق الاية فاختلافهم في وقت الفيء وصفة اليمين
ومدته هو كون الاية عامة في هذه المعاني او مجملة وكذلك اختلافهم في صفة
المولي والمولى منها وفي وقوع الطلاق على ما سيأتي بعد واما ما سوى ذلك فسبب
اختلافهم هو سبب السكوت عنها وهذه من اركان الايلاء اعني معرفة نوع   معرفة
اليمين ووقت الفيء والمدة وصفة المولي والمولى منها ووقوع الطلاق الواقع فيه
المسألة الخامسة واما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك والشافعي
انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يحمل على انه رجعي
الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه
ان كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة فسبب الاختلاف
معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل
قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن المسألة السادسة واما هل
يطلق القاضي اذا ابى الفيء او الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق
القاضي عليه وقال اهل الظاهر يحبسه حتى يطلقها بنفسه وسبب الخلاف معارضة
الاصل المعروف في الطلاق فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق معارضة الاصل المعروف
قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء
قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف بالقياس

المرسل والمنقول عمن سلف العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك المسألة
السابعة واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها
ولم يطأها انه يتكرر الايلاء عليه ويقع عليه الطلاق الرجعي والبائن وقال ابو حنيفة
الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو احد قولي الشافعي وبهذا القول قال ابو ثور
والمزني وجماعة العلماء على ان الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين والسبب
في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء في الشرع الا حيث يكون
يمين في ذلك النكاح بعينه لا في نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود
ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى
الايلاء المسألة الثامنة واما هل الزوجة المولى منها عدة او ليس يلزمها يلزمها
فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها العدة اذا كانت قد
حاضت في مدة الاربعة الاشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروي عن ابن
عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة
وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف
ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها العدة
ومن لحظ جانب العبادة اوجب عليها العدة المسألة التاسعة
واما ايلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر
قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعي واهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر
اربعة اشهر تمسكا بالعموم وان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء
والايلاء يمين وقياسا ايضا على مدة العنين وقال ابو حنيفة النقص الداخل على
الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر
وان كان الزوج عبدا وان كانت امة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحد غير جيد
وذلك ان العبد انما كان حده اقل من حد الحر لان الفاحشة منه اقل قبحا ومن

الحر

الحر على ان مدة ايلاء الحر انما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين
ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة اقصر من هذه كان اضيق على الزوج وانفى
للضرر عن الزوجة والحر احق بالتوسعة ونفي الضرر عنه ولذلك كان يجب على هذا
القياس ان لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط وبهذا
لم يقل به احد فالواجب التسوية والذين قالوا انه اذا انقضت مدة الايلاء اختلفوا
في زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي
لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم
بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الوطء وقال ايضا لا ايلاء على خصي
ولا على من لا يقدر على الجماع المسألة العاشرة واما هل من شرط رجعة
المولي ان يطأ في العدة او لا فان الجمهور ذهبوا الى ذلك ما عدا مالكا واما مالك
فانه اذا لم يطأها فيها من غير عذر من مرض او سجن او ما اشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها
على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو ان يكون
الايلاء يعود برجعته ان لم يطأ في العدة او لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف
الايلاء لم يعتبر اصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيف ما كان
فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر في وقت الرجعة واما مالك فانه قال كل رجعة
من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر واصله المعسر
بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته يعتبر صحتها بيساره وسبب الخلاف
قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح اوجب فيها تجديد الايلاء ومن
شبه هذه الرجعة برجعة المطلق للضرر لم يرتجع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل
بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
تسليما كتاب الظهار والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب

وقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الاية
واما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن
الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله صلى الله
عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى انزل القران
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الاية فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال
فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام
قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني ساعينه
بعرق من تمر قالت وانا اعينه بعرق اخر قال قد احسنت اذهبي فاطعمي عنه
ستين مسكينا خرجه ابو داود ومن حديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله
عليه وسلم والكلام في اصول الظهار ينحصر في سبعة فصول منها في الفاظ
الظهار ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها
فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ومنها هل يدخل الايلاء
عليه ومنها القول في احكام كفارة الظهار الفصل الاول واتفق
جمهور الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته انت علي كظهر امي انه ظهار واختلفوا
اذا ذكر عضوا غير الظهر او ذكر ظهر من يحرم عليه من المحرمات النكاح على التابيد
غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهار الا
بلفظ الظهر والام وقال ابو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه وسبب
اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم يستوي فيه الام
وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء واما الظاهر من الشرع
فانه يقتضي ان لا يسمى ظهارا الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام واما اذا قال
انت علي كامي ولم يذكر الظهر فقال ابو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لانه

فقيل فيه ان ذلك الاجلال لها او غير ذلك على نيته وقال مالك هو ظهار واما من
شبه زوجته باجنبية لا تحرم عليه على التابيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن
الماجشون ليس بظهار وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير
موبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم الفصل الثاني واما شروط
وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس ومن
فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة
تلزم باسم الحنث وبارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس
انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه المعنى اخر تشبيها
بكفارة القتل والفطر وايضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ
تحريمه بالكفارة ومعنى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا والعود عندهم هو العود
في الاسلام فان القائلين باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه
ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احداها ان العود هو ان يعزم على
امساكها ووطئها معا والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة
المشهورة عند اصحابه وبه قال ابو حنيفة واحمد والرواية الثالثة ان العود
هو نفس الوطء وهو اضعف الروايات عند اصحابه وقال الشافعي العود هو
الامساك نفسه قال ومتى مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه فلم يطلق ثبت انه
عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكن ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم
مقام ارادة الامساك منه وهو دليل على ذلك وقال داود واهل الظاهر العود
هو ان يكون لفظ الظهار ثانية فمتى لم يفعل فليس بعائد ولا كفارة عليه بدليل

الرواية المشهورة لملك تنبني على اصلين احدهما ان المفهوم من الظهار تحريم
الوطء، واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هي اما الوطء نفسه واما
العزم عليه وارادته والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو
الوطء لقوله تعالى في الاية فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ولذلك كان الوطء
محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفس الامساك لكان الظهار نفسه يحرم
الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسالة
هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود
لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود او الوطء نفسه او الامساك نفسه
او ارادة الوطء ولا يكون تكرار اللفظ لان ذلك تاكيد والتاكيد لا يوجب الكفارة
ولا يكون ارادة الامساك فان الامساك للوطء فهو ارادة الوطء فثبت العود
هو الوطء ومعتمد الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة
ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا اختلط
مذهب ملك في الرواية المشهورة فجعل العود هو ارادة الامرين جميعا الوطء والامساك
واما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه
الظهار باليمين كما ان كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر ههنا وهو
قياس من يشبه عارض النص واما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله
تعالى ثم يعودون لما قالوا وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند ابي حنيفة
انه العود في الاسلام الى ما تقدم منهم في الجاهلية وعند ملك والشافعي
ان المعنى في الاية ثم يعودون فيما قالوا وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة
الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء او الامساك ومن تاول

معنى

معنى اللام في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا معنى الفاء، واما من اعتمد الظاهر
فانه جعل العودة تكرير اللفظ وان العودة الثانية ثانية للاولى التي
كانت منهم في الجاهلية ومن تاول احد هذين فلا شبهة له ان يعتقد ان
بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يقدر في الاية محذوفا
وهو ارادة الامساك فهذه اذا ثلاث مذاهب اما ان تكون العودة هي تكرار
اللفظ واما ان تكون ارادة الامساك واما ان تكون العودة هي التي في الاسلام
وهذان ينقسمان قسمين اعني الاول والثاني احدهما ان يقدر في الاية محذوفا
وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة واما ان لا يقدر
فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا في هذا الباب في فرع وهو
هل اذا طلق قبل ارادة الامساك او ماتت عنه هل تكون عليه كفارة
او لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة الامساك
او بعد زمان طويل على ما يراه الشافعي وحكي عن عثمان البتي ان عليه الكفارة
بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل
الى ميراثها الا بعد الكفارة وهو شاذ مخالف للنص والله اعلم. الفصل
الثالث واتفقوا على انه يلزم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا
في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المراة من الرجل
فاما الظهار من الامة فقال ملك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار
من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وام الولد وقال الشافعي وابو حنيفة واحمد
وابو ثور لا ظهار من امة وقال الاوزاعي ان كان يطا امته فهو منها مظاهر وان لم
يكن يطؤها فهو يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة
فدليل من اوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والامة

من النساء وحجة من لم يجعله ظهارا انهم قد اجمعوا ان النسآء في قوله تعالى يولون
من نسائهم تربص اربعة اشهر هن ذوات الازواج وكذلك اسم النساء في اية الظهار
فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم اعني تشبيه الظهار بالايلاء
وعموم لفظ النسآء اعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه
بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار واما هل من شرط الظهار كون المظاهر
منها في العصمة ام لا فذهب مالك انه ليس من شرطه وان من عين امراة ما
بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال
كل امراة اتزوجها فهي علي كظهر امي وذلك خلاف قوله في الطلاق ويقول مالك
في الظهار قال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قوم لا يلزم الظهار الا بما
يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وابو ثور وداود وجمهور قوم فقالوا
ان اطلق لم يلزمه ظهار وسواء يقول كل امراة اتزوجها فهي علي كظهر امي وان
قيد لزمه ظهار وهو ان يقول ان تزوجت فلانة او سمى قرية او قبيلة وقال
هذا القول ابن ابي ليلى والحسن ابن صالح ودليل الفريق الاول قوله تعالى
اوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا الملك والمومنون عند
شروطهم وهو قول واما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك خرجه ابو داود
والترمذي والظهار تشبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس واما الذين فرقوا
بين التعيين والتعميم فانهم راوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج فقال تعالى وما
جعل عليكم في الدين من حرج واختلفوا ايضا من هذا الباب في هل تظاهر المراة
من الرجل فقال العلماء في ذلك ثلاثة اقوال اشهرها انه لا يكون منها ظهار
وهو قول مالك والشافعي والثاني عليها كفارة يمين والثالث ان عليها

كفارة

كفارة الظهار فيعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن الزم الزوجة الظهار
فتشبيها للمظاهر باليمين ومن قال فانه راى ان اقل اللازم في ذلك هو كفارة
يمين وهو ضعيف فسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى الفصل
الرابع واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة
ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع انواع الاستـ
متاع دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا
وجهها وكفيها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال ابو حنيفة الا انه انما كره النظر
للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا
ما عدا ذلك وبه قال الثوري واحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى من قبل
ان يتماسا وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه ايضا لفظ
حرمته به عليه فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المسيس هنا
كناية عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء يحرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل
على ما فوق الجماع لانها اما ان تدل على المباشرة فما فوقها الجماع وهي الدلالة الحقيقية
واما ان تدل على الجماع وهو الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة
على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقية
ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ
الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا اعني الحقيقة والمجاز وان كان
لم يجر به عادة العرب ولذلك القول به في غاية الضعف ولو علم ان للشرع
فيه تصرفا لجاز وايضا فان المظاهر مشبه عندهم بالايلاء فوجب
ان يختص بالفرج الفصل الخامس واما تكرر الظهار بعد
الطلاق اعني اذا طلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه

تمتع

المماسة

حقيقية

الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف فقال مالك ان طلقها دون الثلاث
ثم راجعها في العدة او بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة
فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول اخر مثل قول
مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها لكنها بعد الثلاث او بعد واحدة
وهذه المسالة شبيهة بمن حلف بالطلاق ثم طلق ثم راجع هل تبقى تلك اليمين
عليه ام لا وسبب الخلاف هل الطلاق يهدم جميع احكام الزوجية ويهدمها او لا يهدمها
فمنهم من راى ان الطلاق الذي هو الثلاث يهدم وان ما دون الثلاث لا يهدم ومنهم
من راى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الكوفيين من يرى انه كله هادم

الفصل السادس واما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضارا وذلك بان
لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه ايضا اختلافا فابو حنيفة والشافعي
يقولان لا يتداخلان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم
مضارا او لم يكن وبه قال الاوزاعي واحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار
بشرط ان يكون مضارا وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء
الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة اقوال قول انه يدخل بالاطلاق
وقول انه لا يدخل بالاطلاق وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب
الخلاف مراعاة المعنى واتباع الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر
المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر الفصل السابع والثامن في كفارة
الظهار والنظر في هذا في عدد انواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها
اعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب اكثر من واحدة
فاما انواعها فانهم اجمعوا على انها ثلاثة انواع عتق او صيام شهرين متتابعين
او اطعام ستين مسكينا وانها على الترتيب فالاعتاق اولا فان لم يكن
فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا في الحر واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق
والاطعام

والاطعام بعد اتفاقهم ان الذي يلزمه الصيام اعني اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد
العتق ان اذن له سيده ابو ثور وداود وابى ذلك سائر العلماء واما الاطعام
فاجازه له مالك ان اطعم باذن سيده ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعي ومبنى
الخلاف في هذه المسالة هل يملك العبد او لا يملك واما اختلافهم في الشروط
المصححة فمنها اختلافهم اذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استيناف
الصيام ام لا فقال مالك وابو حنيفة يستانف الصيام الا ان ابا حنيفة لا يستانف
العمد ولم يفرق مالك بين العمد والصيام في ذلك والنسيان وقال الشافعي
لا يستانف على حال وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط
الذي ورد في كفارة الظهار اعني ان يكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال
يستانف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال يبني ومنها في الرقبة ان تكون
مومنة ام لا فذهب مالك والشافعي الى ان ذلك شرط في الاجزاء وقال ابو حنيفة
تجزي عنده يعني اعتاق الوثنية والمرتدة ودليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه
القربة فوجب ان تكون مسلمة اصله الاعتاق في كفارة القتل وربما قالوا ان هذا
ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد
الرقبة بالايمان في كفارة القتل واطلقها في الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد
وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يجيزونه وذلك
ان الاسباب في القضيتين مختلفة واما الحنفية فعمدتهم ظاهر العموم
ولا معارضة عندهم بين المطلق والمقيد فوجب عندهم ان يحمل كل على اصله ومنها
اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سليمة من العيوب ام لا فان كانت
سليمة من جميع العيوب تشترط سلامتها فالذي عليه الجمهور ان للعيوب
تاثيرا في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى انه ليس لها تاثير في ذلك وحجة الجمهور

تشبيهها بالاضاحي والهدايا لكون القربة تجمعهما وحجة الفريق الثاني اطلاق
اللفظ في الاية وسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والنظر في الرقاب
للعيوب تأثيرها في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الاجزاء وعدمه
اما العمى وقطع اليدين او الرجلين فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء واختلفوا
فيما دون ذلك من ذلك هل يجوز قطع اليد الواحدة اجازه ابو حنيفة ومنعه مالك
والشافعي واما الاعور فقال مالك لا يجزي وقال عبد الملك يجزي واما الاقطع
الاذنين فقال مالك لا يجزي وقال الشافعي يجزي واما الاصم فاختلف فيه مذهب
مالك فقيل يجزي وقيل لا يجزي واما الاخرس فلا يجزي عند مالك وعن الشافعي
في ذلك قولان واما المجنون فلا يجزي واما الخصي فقال ابن القاسم لا يعجبني الخصي
وقال غيره لا يجزي وقال الشافعي يجزي واختلفوا في الصغير فاجازه في قول عامة الفقهاء
وحكي عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجزي واما البين
العرج فلا والسبب في اختلافهم في قدر النقص المؤثر في الرقبة وليس
له اصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزي في المذهب ما فيه شركة او طرف حرية
كالكتابة والتدبير لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة والتحرير هو الابتداء
للاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزا لا اعتاقا
وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال ابو حنيفة ان كان المكاتب
ادى شيئا من الكتابة لم يجزه وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزي فيه
عتق مدبرة فقال مالك لا يجزي اعتاق ام ولد ولا المعتق الى اجل مسمى اما عتق
ام الولد فلان عقدها اكد من عقد الكتابة والتدبير فاذا ضاق عنه الثلث
واما المعتق الى اجل فانه قد عقد لا سبيل الى حله واختلف مالك والشافعي
مع ابي حنيفة في اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي
لا يجزي عنه وقال ابو حنيفة اذا نوى عتقه عن كفارته اجزأ ابو حنيفة شبهه

بالرقبة

بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه
شراؤها ويبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز
والمالكية والشافعية ترى انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير
قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة اقام القصد للشراء مقام العتق ونحو له
قال ان الابراء يكون قاصدا العتق بنفسه فكلاهما يسمى معتقا باختياره لكن احدهما
معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد
الثاني ويبنى على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف مالك والشافعي في من اعتق
نصفي عبدين فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد
ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة واما
شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في العدد الذي يجزي لمسكين مسكين من
الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص فعند مالك في ذلك روايتان انتهى فيما
اذكره من اشهرهما مد لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد
قيل هو اقل وقيل هو مد وثلث واما الرواية الثانية فمد من الكل مسكين
بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع
غالبا من الغداء والعشاء ووجه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة
اليمين فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة واما
اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فانهم اذا ظاهر بكلمة واحدة
من نسوة اكثر من واحدة هل يجزي في ذلك كفارة واحدة ام تكون عدد الكفارات
على عدد النسوة فعند مالك انه يجزيه في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وابي
حنيفة ان فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان
ثلاثا فثلاثا وان اربعا فاربعا فمن شبهه بالطلاق اوجب في كل واحدة كفارة
ومن شبهه بالايلاء اوجب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء اشبه ومنها

اذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة او على عدد المواضع التي
ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر
فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي واحمد واسحق وقال ابو حنيفة والشافعي
لكل ظهار كفارة واما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة
واحدة وعند ابي حنيفة والشافعي ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت
كفارة واحدة وان اراد استيناف الظهار سواء كان في مجلس واحد او مجالس
شتى والسبب في هذا الاختلاف ان الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ
واحد من امرأة واحدة والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين
في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب اللفظ تعدد الظهار ام لا
يوجب ذلك فيه تردد وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها اكثر من واحدة
وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذلك الطرفين فمن غلب عليها شبه
الطرف الواحد اوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني اوجب له حكمه
ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل ان يكفر هل عليه كفارة واحدة او لا
فاكثر فقهاء الامصار مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي واحمد
واسحق وابو ثور وداود والطبري وابو عبيد ان ذلك كفارة واحدة والحجة لهم
حديث سلمة بن صخر البياضي انه ظاهر من امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثم وقع بامرأته قبل ان يكفر فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر
ذلك له فامره ان يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العود وعلى
الوطء وكفارة الوطء لانه وطئ وطأ محرما مثل ما يقولون وهو قول عمرو بن العاص
وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء
لا عن العود ولا عن الوطء لان الله اشترط ان يكفر الكفارة قبل المسيس فاذا
مسها فقد خرج وقتها فلا يجب الا بامر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه
شذوذ وقال ابو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس

قبل الاطعام

333

قبل الاطعام وانما يحرم على من كان فرضه العتق والصيام

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه
وسلم تسليما

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول
بعد القول بوجوبه الفصل الاول في انواع الدعاوى الموجبة له و
شروطها الفصل الثاني في صفة المتلاعنين الثالث في صفة اللعان الرابع
في حكم نكول احدهما او رجوعه الخامس في الاحكام اللازمة لتمام اللعان فاما
الاصل في وجوب اللعان اما من الكتاب فقوله تبارك وتعالى والذين يرمون
ازواجهم الاية واما من السنة فما رواه مالك وغيره مما خرجه الصحيح من حديث
عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له يا عاصم ارايت رجلا
وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل سل لي يا عاصم عن
ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال
لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لم تأتني بخير فكره رسول الله
صلى الله عليه وسلم المسالة التي سالته عنها فقال والله لا انتهي حتى اسأله
عنها فاقبل عويمر حتى اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس
فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه ام
كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي
صاحبتك فاذهب فات بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت
عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين
وايضا فان من جهة المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس

ضرورة المرمي بما ينفونه اذ الحق في فساده وتلحق المرمي بنفي اللعان فاللعان
حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك اعلمه
فهذا نحو القول في اثبات حكمه الفصل الاول واما اصول الدعاوى التي
تجب بها اللعان فهي اولا صورتان احداهما دعوى الزنا والثانية نفي الحمل ودعوى
الزنا لا يخلو ان يكون مشاهدة اعني ان يدعي انه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد
على الزنا او يكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه نفيا مطلقا
او يزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه اربعة احوال بسائطها وسائر الدعاوى
تركب عن هذه ومثل ان يرميها بالزنا وينفي الحمل او يثبت الحمل ويرميها
بالزنا فاما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه
خالفت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد واما وجوب اللعان بمجرد القذف
فالجمهور على جوازه الشافعي وابو حنيفة والثوري واحمد وداود وغيرهم
اما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقال ابن
القاسم انه يجوز وهي ابطال ورواية عن مالك وحجة الجمهور قوله تعالى والذين
يرمون ازواجهم الاية ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد
القذف وحجة مالك عموم الاحاديث الواردة في ذلك منها قوله في حديث
سعد ارايت ان وجدت مع امراتي رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله لقد رايت بعيني وسمعت
باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت
والذين يرمون ازواجهم الاية وايضا فان الدعوى يجب ان تكون بينة
كالشهادة وفي هذا الباب فرع واختلف فيه قول مالك وهو اذا انتفى
من حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان احداهما سقوط الحمل
عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما احسب ان من شرط الدعوى

الموجبة

الموجبة للعان رؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته
بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا فقال مالك والشافعي
والاوزاعي وجماعة بينهما اللعان وقال ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفي
الولد ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن واما نفي الحمل
فانه كما قلنا على وجهين احدهما ان يدعي استبراءها ولم يطأها بعد
الاستبراء وهذا لا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال
مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة واما نفيه مطلقا فالمشهور
عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي واحمد وداود
وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن
اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط
مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له ان ينفيه بعد الولادة بلعان
وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فامكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن
لم يكن له ان ينفيه باللعان وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع وحجة
مالك ومن قال بقوله الاثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود
وانس وسهل بن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حكم باللعان
بين المتلاعنين قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه الا قد صدق عليها
قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان وحجة ابي حنيفة
ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور
ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما كثيرة كالنفقة والعدة
ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابي حنيفة
انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة

ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما
بين اربعين ليلة من وقت الولادة والنفس او حين اللعان في وقت الحمل اتفقوا
على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى
ان ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل
عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس وكذلك عنده حكم نفي الولد
بعد الطلاق اذا لم يزل منكرا له وبقريب من هذا المعنى قال الشافعي وقال
قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد ولحق
به الولد والحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء اطول مدة الحمل على اختلافهم
في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصى مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد
من ذلك وهو التسعة الاشهر او ما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب
الحكم به في عدة العصمة بما زاد على اقصى مدة الحمل وهي الستة الاشهر اعني
ان يولد المولود لستة اشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ
ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج
عنده رجل بالمغرب الاقصى امراة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لستة
اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسالة
كما ترى ضعيف لانه انما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه السلام الولد
للفراش وللعاهر الحجر وهذه المراة قد صارت له فراشا بالعقد فكانه
راى ان هذه عبادة غير معللة وذلك شيء ضعيف واختلف قول مالك من
هذا الباب في فرع وهو اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث
روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن والثانية ان يلاعن
وينتفي الولد والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرا الحد عن نفسه
وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه

الزنا

الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان
يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود
لقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية وقال مالك
والشافعي يلاعن لان الشهود لا تاثير لهم في دفع الفراش الفصل الثاني واما
صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا او عبدين
او احدهما عبدا والاخر حرا محدودين كانا او عدلين او احدهما مسلمين كانا او كان
الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يتراجعا الينا وممن قال
بهذا القول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه اللعان الا بين مسلمين حرين
عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من اهل الشهادة وعمدة اصحاب
القول الاول عموم قوله والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ولانه
يشترط في ذلك شيئا ومعتمد الحنفية ان اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط
في الشهادة اذ قد سماه الله شهادة بقوله فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب ارتفاع العذر بينهما والكافرين والجمهور يرون
انه يمين وان كان يسمى شهادة فان احد الايمان لنفسه واما ان الشهادة قد
يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى اذا جاءك المنافقون الاية ثم قال اتخذوا
ايمانهم جنة واجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشا فعي
يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من اهل الشهادة
واجمعوا على ان من شرطه العقل والبلوغ الفصل الثالث فاما
صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم كبير خلاف وذلك على
ما هو ما تقتضيه الفاظ الاية فيحلف الزوج اربع شهادات انه لرايتها تزني او
ان ذلك الحمل ليس منه ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين
ثم تشهد هي اربع شهادات بالله تنفيه ما شهد به ثم تخمس بالغضب

هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان اشهد اقسم ومكان قوله بالله غيره من اسماء الله والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ اصله عدد الشهادة واجمعوا على ان من شرط صحته ان يكون بحكم حاكم الفصل الرابع واما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال ابو حنيفة يحبس وحجة الجمهور قوله والذين يرمون المحصنات الآية وهذا عام في الاجنبي والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب ان يكون اذا نكل بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود اعني انه يحد وما جاء ايضا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام وان قتلت قتلت وان قذفت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتصريف لايجاب زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الآحاد قالوا وايضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تاثير في اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبي وكذلك الزوج والفرق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب ان يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المراة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فاختلف الكلام فيما هو العذاب الذي يدرأ عنها باليمين وللاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا ايضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعي ومالك واحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال ابو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنى بعد احصان او كفر بعد ايمان او قتل نفس بغير نفس وايضا فان سفك الدماء بالنكول حكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فاحرى ان لا يجب

بذلك

بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على انها لا تراق الا بالبينة العادلة او بالاعتراف ومن الواجب ان لا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فاذا ابو حنيفة في هذه المسئلة اولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف ابو المعالي في كتابه البرهان بقوة ابي حنيفة في هذه المسالة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا اكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفى ولدا واختلفوا هل لهما ان يجتمعا بعد الالتعان فجمهورهم على ان الفرقة تجب بالالتعان اما بنفسه واما بحكم حاكم على قولين فقال مالك والشافعي والثوري وداود واحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان ابدا وان اكذب نفسه وقال ابو حنيفة وجماعة اذا اكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقال قوم ترد اليه امراته وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولم يستثن فاطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المراة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق احدهما مع القطع ان احدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم

الفصل الخامس فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسايل منها هل تجب الفرقة اولا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان او بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق او فسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع بالالتعان لما اشتهر من ذلك في احاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطايفة من اهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث

المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وايضا فان اللعان
انما شرع لموضع القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة وحجة الجمهور انه
قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما اوجب
الا يجتمعا بعدها ابدا وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا
ذلك كل العدم ولا اقل من ان يكون عقوبتهما التفريق وبالجملة فالقبح الذي بينهما
غاية القبح واما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعا
من اللعان وقال الشافعي اذا اكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال ابو حنيفة
لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثوري واحمد وحجة مالك عن الشافعي حديث ابن عمر قال
فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله احدكما
كاذب لا سبيل لك عليها وما روي انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي
ان اللعان ما تدرأ به المرأة عن نفسها فقط وان لعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب فوجب
ان كان للعان تاثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق وحجتهم جميعا
على ابي حنيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم اخبر عما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان
منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة واما ابو حنيفة فيرى ان الفراق
انما يقع بحكمه وامره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها فجرى الحكم
شرطا في وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان وسبب الخلاف ان من
راى انه تقع به فرقة وسلم ذلك ان تفريق النبي صلى الله عليه وسلم ليس
هو بينا في الحديث المشهور لانه بادر فطلقها قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والاصل
الا فرقة الا بطلاق وانه ليس في الشرع تحريم مؤبد متفق عليه فمن غلب
هذا الاصل على المفهوم من الحديث لاحتماله نفي وجوب الفرقة قال [illegible] واما سبب
اختلاف من اشترط حكم الحاكم ومن لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه

يشبه

يشبه من الاحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم او التي لا يشترط ذلك فيها واما
المسالة الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ او طلاق فان القائلين
بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال ابو حنيفة فشبهها
بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذا كانت عنده بحكم حاكم بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الاحداد

اجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات
في عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا في ما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى
عدة الوفاة وفيما تمنع المحدة منه مما لا تمنع فقال مالك الاحداد
على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة والامة المزوجة واما الامة يموت
عنها سيدها سواء كانت ام ولد او لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال
فقهاء الامصار وخالفه في قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع واشهب
ورواه عن مالك وبه قال الشافعي انه لا احداد على الكتابية وقال ابو حنيفة
ليس على الصغيرة ولا الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة الزوجة
احداد وقد حكي ذلك عن ابي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد
من اصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد واما اختلافهم فيما قبل العدد
فان مالكا قال لا احداد الا في عدة الوفاة وقال ابو حنيفة والثوري الاحداد
في العدة من الطلاق البائن واجب واما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم
يوجبه واما الفصل الثالث وهو ما تمتنع المحدة منه فانها
تمتنع عند الفقهاء من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلي
والكحل الا ما لا تكون فيه زينة ولباس من الثياب المصبوغة الا السواد فانه
لم يكرهه مالك لها ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه
ما لم تكن زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل

دون النهار وبالجملة فاقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك
الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد في العدة لثبوت السنة
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه
وسلم ان امراة جاءت اليه عليه الصلاة والسلام فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي
عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشرا وقد كانت
احداكن ترمي بالبعرة على راس الحول قال ابو عمر وعلى هذا الحديث التعويل
على القول بايجاب الاحداد واما حديث ام حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت
به عارضيها ثم قالت ما لي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال
الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فيقتضي
الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قلت وفي الامر اذا
ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين اعني هل يقتضي الوجوب او الاباحة وسبب
الخلاف بين من اوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من راى الاحداد عبادة لم يلزمه
الكافرة ومن راى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وتشوف الرجال
دون تشوف النساء لم يفرق بين الصغيرة والكبيرة لانه تتشوف اليها الرجال ومن
خصه من اوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام
لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرط الايمان
في الاحداد يقتضي انه عبادة واما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية
فلانه زعم ان عدة الوفاة اوجبت شيئين احدهما الاحداد والثاني
ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة لتبذلها والحاجة الى استخدا مها
سقط عنها منع الزينة واختلافهم في الكتابية من قبل ترددها بين الحرة
والامة واما الامة بملك اليمين وام الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد
عنها

عنها لقوله عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج وجعله
بدليل الخطاب تعلقا بالكلام المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن جهة
المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به الا تتشوف اليها
الرجال في العدة ولا تتشوف هي وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الانساب انتهى
كتاب الطلاق بحمد الله وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه و
سلم تسليما

كتاب البيوع

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة انواعها وفي معرفة شروط
الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة احكام
البيوع الصحيحة وفي معرفة احكام البيوع الفاسدة فنذكر اولا انواع
البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها واحكام
بيوع الصحة واحكام البيوع الفاسدة ولما كانت اسباب الفساد والصحة
في البيوع منها عامة لجميع انواع البيوع او لاكثرها ومنها خاصة وكذلك
الامر في احكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك
من هذه الاصناف الاربعة اعني العام من اسباب الفساد واسباب الصحة
واحكام الصحة لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من
البيوع فينقسم هذا الكتاب بالضرورة الى ستة اجزاء الجزء الاول نعرف فيه
انواع البيوع المطلقة الثاني نعرف فيه اسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة
اعني في كلها او اكثرها اذا كانت اعم من اسباب الصحة الثالث نعرف فيه
اسباب الصحة في البيوع المطلقة ايضا الرابع نذكر فيه احكام البيوع الصحيحة
اعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة او لاكثرها الخامس نذكر فيه
احكام البيوع الفاسدة المشتركة اعني اذا وقعت السادس نذكر فيه نوعا

من البيوع هو ما يخصها من الصحة والفساد واحكامها الباب الاول الجزء
الاول ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو ان يكون عينا بعين او عينا بشيء
في الذمة او ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاثة اما نسيئة واما ناجز وكل
واحد من هذه اما ناجز من الطرفين واما نسيئة من الطرفين واما ناجز من الطرف
الواحد نسيئة من الآخر فتكون انواع البيوع تسعة فاما النسيئة من الطرفين فلا
تجوز باجماع لا في العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهي عنه واسماء هذه
البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل
صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يخلو ان يكون ثمنا بمثمون
او ثمنا بثمن فان كان ثمنا بثمن سمي صرفا وان كان ثمنا بمثمون سمي بيعا
مطلقا وكذلك مثمون بمثمون على الشيء ومن التي يقال بعد وان كان عينا بذمة سمي
سلما وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المرابحة سمي بيع مرابحة
وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة الجملة الثانية واذا اعتبرت الاسباب
التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي اسباب الفساد العامة وجدت اربعة
احدها تحريم عين المبيع والثاني الربا والثالث الغرر والرابع الشروط التي تؤول
الى احد هذين او لمجموعهما وهي الاربعة هي بالحقيقة اصول الفساد وذلك ان النهي
فيها للاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق
بما هو اهم منه ومنها لانها محرمة البيع ونحن نذكر الجملة ابواب الباب الاول في الاعيان
المحرمة البيع وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات فاما بيع النجاسات
فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ارايت شحوم
الميتة فانه يطلى به السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت

عليهم

عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق
المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذا في الخمر
اعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير
بجميع اجزائه التي تقبل الحيوة واختلف في الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم
ومنعه اصبغ واما الضرب الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة الى
استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذ هب
فقيل بمنعها مطلقا وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل
اعني اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من انياب الفيل لاختلافهم
هل هو نجس ام لا فمن راى انه ناب جعله ميتة ومن راى انه قرن معكوس جعل
حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب واما ما حرم بيعه مما ليس بنجس او مختلف
في نجاسته فمنها الكلب والسنور اما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي
لا يجوز بيع الكلب اصلا وقال ابو حنيفة يجوز ذلك وفرق اصحاب مالك بين كلب الماشية
والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على ان ما لا يجوز اتخاذ ه
لا يجوز بيعه للانتفاع به وامساكه فاما من اراده للاكل فاختلفوا فيه فمن اجاز
اكله اجاز بيعه ومن منعه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا ايضا
في المأذون في اتخاذه فقيل يجوز وقيل مكروه فاما الشافعي فعمدته شيئان
احدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني ان الكلب
عنده نجس العين كالخنزير وقد تكلمنا في ذلك في باب الطهارة واما من اجازه
فعمدته انه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة
العين وقد تقدم ايضا في كتاب الطهارة استدلال من راى انه طاهر العين
وفي كتاب الاطعمة استدلال من راى انه حلال ومن فرق ايضا فعمدته ايضا

انه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية او
كلب الزرع وما في معناه وروي في احاديث غير مشهورة اقتران بالنهي عن ثمن
الكلب استثناء اثمان الكلاب المباحة الاتخاذ واما النهي عن ثمن السنور فثابت
ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع وسبب اختلافهم في الكلاب
تعارض الادلة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما اشبهه بعد اتفاقهم
على تحريم اكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال
ابو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وحجة من حرمه حديث
جابر المتقدم انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله تعالى
ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير وعمدة من اجازه انه اذا كان في الشيء اكثر من منفعة
واحدة وحرم منها واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزم ان يحرم منها سائر المنافع
ولا سيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان
الاصل هذا فيخرج منه بالنص الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل
على الاباحة اعني انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز وروي عن
علي وابن عباس وابن عمر انهم اجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي
مذهب مالك جواز الاستصباح وهو لازم للاصل اعني لتحريم البيع واختلف ايضا
في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين
اصحهما جواز ذلك والاخر منعه وهما مبنيان على ان الزيت اذا خالطه النجس هل
نجاسته نجاسة عين او نجاسة مجاورة فمن راه نجاسة مجاورة طهره عنده
الغسل والطبخ ومن راه نجاسة عين لم يطهر عنده الطبخ والغسل
ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الادمية اذا
حلب فمالك والشافعي يجوزانه وابو حنيفة لا يجيزه وعمدة من اجاز بيعه انه لبن
ابيح شربه فجاز بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وابو حنيفة يرى ان تحليله

لمكان

لمكان الضرورة للطفل وانه في الاصل لحم ابن ادم والاصل عنده ان الالبان
تابعة للحوم فقالوا في قياسهم كذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه اصله
لبن الخنزير والاتان وسبب الاختلاف في هذا الباب تعارض اقيسة الشبه والمسائل في هذا
الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك مجرى الاصول
الباب الثالث في بيوع الربا واتفق العلماء على ان الربا يوجد في شيئين في البيع
وفيما تقرر في الذمة من بيع او سلف او غير ذلك فاما الربا فيما تقرر في الذمة
فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه وذلك انهم كانوا يسلفون
بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني ازدك وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة
والسلام بقوله في حجة الوداع الا وان ربا الجاهلية موضوع واول ربا اضعه ربا
العباس بن عبد المطلب والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد
واما الربا في البيع فان العلماء اجمعوا على انه صنفان نسيئة وتفاضل الا ما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه لا ربا الا في النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى ان الربا في هذين
النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في اربعة
فصول الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل وتبيين
علة ذلك الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء
الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا الرابع في معرفة ما يعد صنفا واحدا
مما لا يعد صنفا واحدا الفصل الاول فنقول اجمع العلماء على ان التفاضل والنساء
مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث
عبادة بن الصامت الا ما حكي عن ابن عباس رضي الله عنهما وحديث عبادة
هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح

الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد واستزاد فقد اربى فهذا الحديث في منع التفاضل في
الصنف الواحد من هذه الاعيان واما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث اشهرها
حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه الذهب بالذهب ربا الا هاء
وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير
ربا الا هاء وهاء فنص حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ونص
ايضا حديثه عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك
في بعض الروايات الصحيحة وذلك انه فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة
وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد
وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه
الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم اهل الظاهر انما يمتنع التفاضل في
صنف من هذه الاصناف الستة فقط واما ما عداها فلا يمتنع في الصنف الواحد منها
التفاضل وقال هؤلاء ايضا ان النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف
او اختلفت وهذا امر متفق عليه اعني امتناع النساء فيها باتفاق الاصناف
واختلافها الا ما حكي عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل
والنساء ما عدا الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه
الستة من باب الخاص اريد به الخاص واما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم
اتفقوا على انه من باب الخاص اريد به العام واختلفوا في المعنى العام الذي
وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف اعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء
فيها فالذي استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة
في الصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم
يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم ان يكون في الاكثر وقال بعض اصحابه
الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار واما العلة عندهم في منع التفاضل

في الذهب

في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد ايضا مع كونهما رؤوسا للاثمان وقيما للمت لفات
وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم في غير
الذهب والفضة واما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها
فهو المطعم دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلف اصنافها جاز عندهم التفاضل
دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة اعني
في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء اما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة
واما منع النساء فيها فلكونها مطعومة وقد قلنا ان الطعم بانفراده علة المنع
النساء في المطعومات واما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه
الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد واما علة النساء فالطعم
دون اعتبار الصنف مثل قول مالك واما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم
في هذه الستة واحدة وهو الكيل والوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها
اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع على انه يجوز فيها
النساء ووافق الشافعي مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة
اعني كونهما رؤوسا للاثمان وقيما للمتلفات وهو عندهم علة منع النسيئة
اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية يعتبر في الكيل فيما يتاتى
فيه الكيل وسائر احكام الدنانير والدراهم مما يخصها في كتاب الصرف واما
ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الاشياء
صنان وذكر عمدة دليل كل فريق منهم فنقول ان الذين قصروا صنف الربا على هذه الـ
الستة فهم احد صنفين اما قوم نفوا القياس في الشرع اعني استنباط العلل
من الالفاظ وهم الظاهرية واما قوم نفوا قياس الشبه وذلك ان جميع من الحق المسكوت
عنه ههنا بالمنطوق به فليس يلحقه بقياس العلة الا ما حكي عن ابن الماجشون
انه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هي حياطة الاموال يريد منع الغبن

وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا وكان قياس المعنى
عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى إذا لم يتأت له قياس علة فألحق
الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة لأنه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء
أعني من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت عنه
بالمنطوق به من هذه الأربعة أما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهية
إن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة
الحكم مثل قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما فلما علق الحكم باسم
المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا وإذا كان هذا
هكذا وكان قد جاء في حديث معمر بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين أن الطعام هو
الذي علق به الحكم وأما المالكية فإنها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار
على ما في الموطأ وإما صفتين وهما الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون
وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى
بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة فلما ذكر منها
عددا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه وهي كلها يجمعها
الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه
بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه
بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام وأيضا فإنهم قالوا لما كان معقول
معنى الربا إنما هو ألا يغبن الناس بعضهم بعضا وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون
ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل
والوزن أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق
القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم

لعامله

لعامله بخيبر من حديث أبي سعيد وغيره إلا كيلا بكيل يدا بيد وأن التفاضل في
الكيل والوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا بأحاديث ليست
مشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار الكيل والوزن منها أنهم رووا في بعض
الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي
كذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا انه لو صحت
الأحاديث ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر والله أعلم أن علتهم أولى
العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير
الذي فيه وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي ولذلك لما عسر
إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها
أعني تقديرها ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات أعني غير الموزونة والمكيلة
العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى
جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه مثال ذلك أن العدل إذا باع الإنسان
فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك
الثوب إلى الثياب فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسين فيجب أن تكون تلك الثياب
قيمتها خمسين فليكن مثلا الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب فإذن
اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العدلة أعني
أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل وأما الأشياء المكيلة والموزونة فلما
كانت ليس تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة
ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف
كان العدل في هذا إنما هو بوجود التساوي في الكيل والوزن إذ كانت لا تتفاوت
في المنافع وأيضا فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب ألا يقع فيها تعامل

لكون منافعها غير مختلفة والتفاضل انما يتصور في البيع في المنافع المختلفة فاذا منع
التفاضل في هذه الاشياء اعني المكيلة والموزونة علتان احداهما وجود العدل
فيها والثانية منع المعاملة اذا كانت المعاملة بها من باب السرف واما الدنانير
والدراهم فعلة المنع فيها اظهر اذ كانت ليس المقصود منها الربح وانما المقصود
منها تقدير الاشياء التي لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه
كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم
ضرورية في اقوات الناس فانه يشبه ان يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو
قوت اهم منه فيما ليس هو قوتا وقد روي عن بعض التابعين انه اعتبر في الربا الاجناس
التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا اعني المالية وهو مذهب
ابن الماجشون الفصل الثاني فيجب من هذا ان يكون علة امتناع النسيئة
في الربويات هو الطعم عند مالك والشافعي واما في غير الربويات فهو ما ليس بمطعوم
فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفا ضل
وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات واما ابو حنيفة فعلة منع النساء
عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان او غير
متفاضل وقد يتخلص من قول ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة في هذه لانه عنده
من باب السلف الذي يجر منفعة الفصل الثالث واما ما يجوز
فيه الامران جميعا اعني التفاضل والنساء فما لم يكن ربويا عند الشافعي واما
عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متفاضلا او صنفا واحدا بالاطلاق على
مذهب ابي حنيفة ومالك يعتبر الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي
النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين
وان كان الاسم واحدا وابو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي

ليس

ليس الصنف عنده مؤثرا الا في الربويات فقط اعني انه يمنع التفاضل والنساء
فيه وليس هو عنده علة للنساء اصلا في غير ذا فهذا هو تحصيل مذاهب
هولاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث واما الاشياء التي لا يجوز فيها
النسيئة فان هذا قسمان منها ما لا يجوز فيه التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنه
ما يجوز فيه التفاضل فاما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع التفاضل
النسيئة فيها هو الطعم اعني ان الصنف مع التفاضل واما الشافعي فدليله
حديث عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يأخذ في قلائص الصد قة
البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فجوز التفاضل في الجنس الواحد مع النساء
واما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على ان الجنس على الانفراد
في النسيئة واما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سدا
للذريعة وذلك انه لا فائدة في ذلك الا ان يكون من باب سلف يجر نفعا وهو محرم
وقد قال عنه انه اصل بنفسه وقيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة وكان الشافعي ذهب
مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التاويل لان اللفظ
ظاهره يقتضي ان لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس او اختلف وكان
مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن
العاص على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذي
ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نساء ولا باس به يدا بيد وقال ابن المنذر ثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعبدين اسودين واشترى
جارية بسبعة ارؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان يشبه ان يكون

اصلا بنفسه لا من قبل سد الذريعة واختلفوا فيما لا يجوز فيه نساء هل من شرطه
التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في
المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام ولا تبيعوا منها غائبا بناجز فمن شرط فيها
التقابض في المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق
ليس بشرط في البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت
سائر الربويات على الاصل الفصل الرابع واختلفوا في هذا الباب فيما
يعد صنفا واحدا وهو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفا واحدا في مسائل كثيرة لكن نذكر
منها اشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثرة في التفاضل هل من
شرطها الا تختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم
فيما يعد صنفا واحدا وما ليس صنفا واحدا فمن ذلك القمح والشعير ذهب قوم
الى انهما صنف واحد وذهب اخرون الى انهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعي
وحكاه في الموطا عن سعيد بن المسيب وبالثاني قال الشافعي وابو حنيفة وعمدتهما عمدتهما
السماع والقياس اما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا البر
بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وايضا فان في بعض طرق
حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف
شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري وصحح
هذه الزيادة الترمذي واما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنا
فعهما فوجب ان يكونا صنفين اصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المخت لفة
في الاسم والمنفعة واما عمدة مالك فانه عمل سلفه في المدينة واما الصحابة
فاعتمدوا في ذلك ايضا السماع والقياس اما السماع فما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال الطعام بالطعام مثلا بمثل قالوا واسم الطعام يتناول البر
والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسيره الاحاديث الصحيحة واما

ما هي من

ما هي من القياس فانهم عدوا واكثر ما اتفقت فيه المنافع والمنفعة في المنافع لا يجوز
التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد واما القطنية ففيها
عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها
اصناف وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال
صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان او اصناف والارز والدخن والجاورس
عنده اصناف مختلفة ومال ابن وهب الى جمعها مع القمح والشعير والسلت والذرة
في صنف واحد مسئلة واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد مثل اللحم الذي
لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة اصناف فلحوم ذوات الاربع صنف
ولحوم ذوات الماء صنف ولحوم الطير كله صنف واحد ايضا وهذه الثلاثة الا اصناف
مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال ابو حنيفة كل واحد من هذه هو انواع
كثيرة والتفاضل فيها جائز الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان احدهما
مثل قول ابي حنيفة والاخر ان جميعها صنف واحد وابو حنيفة يجيز لحم الغنم
بالبقر متفاضلا ومالك لا يجيزه والشافعي لا يجيز بيع لحم الطير بالغنم متفاضلا
ومالك يجيزه وعمدة الشافعية قوله عليه الصلاة والسلام الطعام بالطعام
مثلا بمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف وتناولها
اسم اللحم تناولا واحدا والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول
ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان اعني في الجنس الواحد منه كلانه قلت
المثل هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة
تدعي ان وزان الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي
يراه في اللحم والحنفية اقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق
المنفعة مسئلة واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان الحي بالميتة على ثلاثة

اقوال قول انه لا يجوز بالمال وهو قول الشافعي والليث وقول انه يجوز في الاجناس
المختلفة التي يجوز فيها التفاضل وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك
فلا يجيز شاة مذبوحة بشاة حية تراد للاكل وهو عنده في الحيوان المأكول حتى انه
لا يجيز الحي بالحي اذا كان المقصود الاكل من احدهما فهي عنده من هذا الباب اعني امتناع
ذلك عنده من جهة الربى والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال ابو حنيفة و سبب
الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن
اللحم باللحم فمن لم ينقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من اصول البيوع التي
توجب التحريم قال به ومن راى ان الاصول معارضة له وجب عليه احد امرين اما ان يغلب
الحديث فيجعله اصلا زائدا بنفسه او يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي
غلب الحديث وابو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى اصوله في البيوع فجعل البيع
فيه من باب الربى اعني بيع الشيء الربوي باصله مثل بيع الزيت بالزيتون
وسياقة الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلة
في الربى بجهة وفي الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربى والغرر
وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج من الاصل مسئلة
ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن
مالك جوازه وهو قوله في موطئه وروي عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وابي حنيفة
وابن الماجشون من اصحاب مالك وقال بعض اصحابه مالك ليس هو اختلاف
من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المماثلة بالكيل لان الطحن اذا ما
دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن واما ابو حنيفة فالمنع
عنده في ذلك من قبل ان احدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل او الوزن
فيما جرت العادة ان يكال او يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله

الصنعة

345

الصنعة مما اصله منع الربا فيه مثل الخبز فقال ابو حنيفة لا باس ببيع
ذلك متفاضلا او متماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربى وقال
الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغييرا
جهلت به مقاديرهما التي تعتبر فيها المماثلة واما مالك فالاشهر في
الخبز عنه انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي
واما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة وسبب الخلاف هل الصنعة
تنقله من جنس الربويات او ليس تنقله من جنس الربويات وان لم تنقله
فهل تمكن المماثلة فيه اولا تمكن فقال ابو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي
لا تنقله واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثل
في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن واما اذا كان احد الربويين
لم يدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة
تنقله من الجنس اعني من ان يكونا جنسا واحدا فيجيز فيهما التفاضل وفي بعضها
ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوي عنده
والمطبوخ من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد
رام اصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله
تنحصر اقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وذلك ايضا بحسب المنافع
التي توجب عنده الاتفاق في شيء شيء من الاجناس التي يقع فيها التفاضل
وتمييز هذا من التي توجب ذلك اعني في الحيوان والعروض والنبات وسبب
العسر ان الانسان اذا سئل عن اشياء متشابهة في اوقات مختلفة ولم يكن
عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاوب
فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من عنده من بعده رام ان يجري تلك الاجوبة على

قانون واحد واصل واحد عسر ذلك عليه وانت تتبين ذلك من كتبهم في هذه المسائل ت
هذا الباب فصل واما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من
اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فسبب الخلاف في ذلك ما روي عن سعد بن
ابي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر
بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم
فنهى عن ذلك فاخذ به اكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك
والشافعي وغيرهما وقال ابو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن
وابو يوسف وقال الطحاوي بقول ابي حنيفة وسبب الخلاف معارضة اشتراط الجواز
فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن
غلب ظاهر احاديث الربوية رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث اصلا
بنفسه قال هو زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث ايضا قلق
الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله ورواه
يحيى بن كثير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة
وقال ان الذي روى عنه هذا الحديث عن سعد ابو عياش وهو مجهول لكن
جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطاه قياسا على تعليل الحكم
في هذا الحديث وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعني مع المماثلة كالعجين
بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو احد قسمي المزابنة عنده لان علة النهي
عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر على رؤوس النخل لموضع الجهل بالمقدار
الذي بينهما اعني بوجود التساوي ولم ير الشافعي هذه العلة في الشيئين
الرطبين فعلى هذا لم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه
زعم ان التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك من قال التفاضل

في هذا الباب

846

في هذا الباب واما اختلافهم في بيع الجيد بالردي في الاصناف الربوية وكذلك
يتصور بان يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين احدهما اجود من
ذلك الصنف والاخر اردى مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر
احدهما اعلى من الوسط والاخر ادون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه ان يكون
انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الردي ذريعة
الى تحليل ما لا يحل من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم في هذا البيع
هو عنده احسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه ان يعتبر التفاضل
في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردي عن
الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز
بيع صنف من الربويات بصنف مثله مع عرض او دنانير او دراهم اذا كان
الصنف الذي جعل معه العرض اقل من الصنف عرضا المنفرد او يكون مع واحد
منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر
بكيل من التمر ودرهم والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة
اكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز وقال ابو حنيفة
والكوفيون ذلك جائز وسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي
ان يكون مساويا له في القيمة او يكفي في ذلك رضا البايع فمن قال الاعتبار بمساواته
في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض متساويا لفضل
احد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة واما ابو حنيفة فيكتفي في ذلك بان
يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر ايضا في هذا سد الذريعة لانه ربما جعل جاعل
ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه هي مشهورات مسائلهم
في هذا الجنس باب في بيوع الذرائع الربوية و[illegible] المتبايعين

اذا اقال احدهما الآخر بزيادة او نقصان او المتبايعين اذا اشترى احدهما من
صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة او نقصان وهو ان يتحور بينهما من غير قصد
ان ذلك تذرع مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا
ثم يشتريها منه بعشرين الى اجل فاذا اضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر
الامر على ان احدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى اجل وهذا هو الذي يعرف
ببيوع الآجال فنذكر من ذلك مسئلة في الاقالة ومسئلة من بيوع الآجال
اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل
الاصول مسئلة لم يختلفوا ان من باع شيئا ما كائنا ما كان عبدا بمائة دينار
مثلا الى اجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه عبده ويعطيه عشرة دنانير
نقدا والى اجل ان ذلك يجوز وانه لا باس بذلك وان الاقالة عندهم اذا دخلتها
الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ولا حرج في ان يبيع الانسان الشيء
بثمن ثم يشتريه باكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد
الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقدا والى اجل
وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل وعشرة مثاقيل
نقدا والى اجل واما ان كان المشتري في هذه المسئلة سأل الاقالة على ان يعطي
البائع العشرة مثاقيل نقدا والى اجل ابعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة
فهاهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كره من ذلك
مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل والى بيع ذهب وعرض
بذهب لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه
وايضا يدخله بيع وسلف كأن المشتري باعه العبد بتسعين واسلفه عشرة
الى الاجل التي تجب عليه فيقضيها من نفسه لنفسه واما الشافعي فهذا كله

عنده

عنده جائز فيشتري منه غلامه بالتسعين دينار التي عليه ويتعجل له عشرة
وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز واما ان كان البيع
الاول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة
الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من اهل العينة اعني الذي يداين الناس لانه عنده
ذريعة لسلف في اكثر منه يتوصلان اليه بما اظهرا من البيع من غير ان يكون له
حقيقة واما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي ان يبيع الرجل سلعة
بثمن الى اجل ثم يشتريها بثمن آخر الى اجل آخر او نقدا وهاهنا تسع مسائل اذا
لم تكن هناك زيادة عوض اختلف منها في مسئلتين واتفق في الباقي وذلك
انه من باع شيئا الى اجل ثم اشتراه فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل او قبله
او بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة اما ان يشتريه منه بمثل الثمن الذي باعه
به منه واما باقل واما باكثر يختلف من ذلك في اثنتين وهو ان يشتريها قبل
الاجل او نقدا باقل من الثمن والى ابعد من ذلك الاجل باكثر من ذلك الثمن
فعند مالك وجمهور اهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وابو ثور
وداود يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الاول فاتهمه
ان يكون انما قصد دفع دنانير في اكثر منها الى اجل وهو الربا
المنهي عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتوصلا بها الى الحرام مثل ان يقول
قائل لآخر اسلفني عشرة دنانير الى شهر وارد اليك عشرين دينارا فيقول
هذا لا يجوز ولكن ابيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه
منك بعشرة نقدا واما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان اعطى
اكثر من الثمن في اقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها
باقل من ذلك الثمن الى ابعد من ذلك الاجل ومن العمدة لمن رأى هذا
الرأي حديث العالية عن عائشة انها سمعتها وقد قالت لها ام ولد

لزيد بن ارقم يا ام المومنين اني بعت من زيد عبدا الى العطاء بثمان مائة فاحتاج الى
ثمنه فاشتريته قبل محل الاجل بست مائة فقالت عائشة بيسما شريت
وبيسما اشتريت ابلغي زيدا انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لم يتب فقالت ارايت ان تركت واخذت الست مائة دينار قالت نعم فمن جاءه موعظة
من ربه فانتهى فله ما سلف وقال الشافعي واصحابه لا يثبت حديث عائشة وايضا
فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروي مثل قول الشافعي
عن ابن عمر واما اذا احدث بالمبيع نقص عند المشتري الاول فان الثوري وجماعة
من الكوفيين اجازوا للبائع بالنظرة ان يشتريه بنقد باقل من ذلك الثمن وعن
مالك في ذلك روايتان والصور التي يعتبرها مالك من الذرائع في هذه البيوع هي
ان يتذرع منها الى انظرني ازدك والى بيع ما لا يجوز بيعه متفاضلا او بيع ما لا يجوز نساء
متفاضلا او الى بيع وسلف او الى ذهب وعرض بذهب او بذهب وعرض او الى ضع
وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفى او بيع وصرف فان هذه هي اصول الربا ومن
هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وابو حنيفة
وجماعة واجازه الشافعي والثوري والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه
ببيع الطعام بالطعام نسيئة ومن اجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بنفي القصد
الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى اجل معلوم فلما حل
الاجل لم يكن عند المشتري طعام يدفعه اليه فاشترى من البائع طعاما بثمن يدفعه
اليه مكان الطعام الذي وجب عليه او من المشتري نفسه فمنع من ذلك مالك
ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه رد اليه الطعام الذي اخذ
وبقي الثمن الذي دفع اليه انما هو ثمن الطعام الذي كان ترتب في ذمته
فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة في ذلك ان يشتري رجل
من رجل طعاما الى اجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذي عليه الطعام ليس عندي

طعام ولكن اشتري منك الطعام الذي وجب لك علي فقال هذا لا يصلح لانه بيع
الطعام قبل ان يستوفى فيقول له فابتع طعاما مني واردده عليك فيعرض من
ذلك ما ذكرنا لانه ان رد عليه ذلك الطعام الذي اخذ منه وبقي الثمن المدفوع انما هو
ثمن الطعام الذي في ذمته واما الشافعي فلا يعتبر التهمة كما قلنا وانما يراعي ما يحل
ويحرم من البيوع بما اشترطاه وذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء
على انه اذا قال ابيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وانظرك بها حولا او شهرا
انه لا يجوز ولو قال له اسلفني دراهم وامهلني بها حولا جاز وليس بينهما الا اختلاف
لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت اصول الربا كما قلنا خمسة
انظرني ازدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يشكل
انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير وياخذ اكثر منها من غير تكلف فعل
ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكر ها هنا هذين الاصلين اما ضع وتعجل فاجازه
ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار وجماعة ومنعه ابن عمر
من الصحابة ومالك وابو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار واختلف
قول الشافعي في ذلك فاجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل
في دينه المؤجل عرضا ياخذه وان كانت قيمته اقل من دينه وعمدة من لم يجز
ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها
انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك
لما زاد له في الزمان زاد له عوضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته
ثمنا وعمدة من اجازه ما روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما امر
باخراج بني النضير جاءه اناس منهم فقالوا يا نبي الله انك امرت باخراجنا
ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا
فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث واما بيع

الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما حكي عن عثمان البتي
وانما اجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع
احدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثاني في الاستفادات التي يشترط
في بيعها القبض من التي لا يشترط والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزا جا
ففيه ثلاثة فصول الفصل الاول اما بيع ما سوى الطعام قبل قبضه فلا خلاف
في مذهب مالك في اجازته واما في الطعام فعنه في ذلك روايتان احداهما المنع وهي
الاشهر وبه قال احمد وابو ثور الا انهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى
الجواز واما ابو حنيفة فان القبض عنده شرط في كل مبيع ما عدا المبيعات التي
لا تنقل ولا تحول من الدور والعقار واما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع
وبه قال الثوري وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال ابو عبيد واسحق
كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا باس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل
والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن ابي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل
والوزن المعدود فيتحصل في اشتراط القبض سبعة اقوال الاول في الطعام
الربوي فقط والثاني في الطعام بالاطلاق والثالث في الطعام المكيل والموزون والرابع
في كل شيء ينقل الخامس في كل شيء السادس في المكيل والموزون السابع في
المكيل والموزون والمعدود واما عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه فدليل
الخطاب في الحديث المتقدم واما عمدة الشافعية في تعميم ذلك في كل بيع
فعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل بيع وسلف ولا ربح ما لم يضمن
ولا بيع ما ليس عندك وهذا من بيع ما لم يضمن وهذا مبني على مذهبه
من ان القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج

ايضا

ايضا بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني اشتري بيوعا فما يحل
لي منها وما يحرم فقال يا ابن اخي اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه
قال ابو عمر حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن ابي كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله
ابن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة
لا اعرف لهما جرحة الا انه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك في الحقيقة
ليس بجرحة وان كان قد كرهه جماعة من المحدثين ومن هذا المعنى ان بيع ما لم
يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى ابو حنيفة ما يحول وينقل عنده
مما لا ينقل لان ما لا ينقل القبض عنده فيه هي التخلية واما من اعتبر الكيل
والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري
الا بالكيل او الوزن وقد نهى عن بيع ما لم يضمن الفصل الثاني واما ما يعتبر
ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم اولا الى قسمين قسم يكون بمعاوضة
وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذي يكون بمعاوضة ينقسم
ثلاثة اقسام احدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهي البيوع والاجارة
والصلح والمهور والمال المضمون بالتعدي وغيره والقسم الثاني لا يختص بقصد المغابنة وانما
يكون على جهة الرفق وهو القرض والقسم الثالث فهو ما يصح ان يقع على الوجهين جميعا
اعني على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل اقاويل
العلماء في هذه الاقسام اما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه
وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء واما ما كان
خالصا للرفق اعني القرض فلا خلاف ايضا ان القبض ليس شرطا في بيعه اعني انه
يجوز للرجل ان يبيع القرض قبل ان يقبضه واستثنى ابو حنيفة مما يكون بعوض المهر
والخلع والجعل فقال يجوز بيعها قبل القبض واما العقود التي تردد بين قصد

الى غير ما عين ان تكون الاقالة والتولية بزيادة او نقصان فلا خلاف اعلمه في المذهب
ان ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال ابو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية
قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من منعها
القبض في جميع المعاوضات انها في معنى البيع المنهي وانما استثنى مالك من ذلك التولية
والاقالة والشركة للاثر والمعنى اما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان
من شركة او تولية او اقالة واما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق
لا المغابنة اذا لم يدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك ابو حنيفة
الصداق والخلع لان العوض في ذلك ليس بينا اذا لم يكن عينا الفصل الثالث
واما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه واجازه وبه
قال الاوزاعي ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعي وحجتهما عموم الحديث المتضمن
النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ولان الغرر موجود في الجزاف وعلى الجزاف
ومن الحجة لهما ما روي عن ابن عمر انه قال كنا في زمان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نبتاع الطعام جزافا فيبعث الينا من يامرنا بانتقاله من المكان الذي
ابتعناه الى مكان سواه قبل ان نبيعه قال ابو عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع
في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رواه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو
مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية
فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهو من باب تخصيص العموم بالقياس
المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا
لا يملكه وهو المسمى عينة عند من راى نقله من باب الذريعة الى الربا ومن
راى منعه من جهة انه قد لا يملكه فهو داخل في بيوع الغرر وصورة التذرع منه

الى ان يأتي المنهي عنه ان يقول رجل لرجل اعطني عشرة دنانير على ان ادفع اليك
الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن ابيع منك سلعة كذا بسلعة يسميها
ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل
البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريبا مما كان سأله ان يعطيه من الدراهم
فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضعه ولا خلاف في
هذه الصورة التي ذكرنا انها غير جائزة في المذهب اعني اذا تقارا على الثمن
الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها واما الربا بالربا فاجمع المسلمون
على منعه واختلفوا في مسائل هي منه او يتهمه منه مثل ما كان ابن القاسم
لا يجيز ان يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية
تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب
الدين بالدين وانما الدين بالدين ما لم يشرع في اخذ شيء منه وهو القياس عند كثير من العلماء المالكيين
وهو قول الشافعي وابي حنيفة ومما اجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور
العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى
العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك باسا وكذلك
كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما يخشى عليه الفساد
من الفواكه اذا اخذ جميعه واما القمح وشبهه فلا فهذه هي اصول هذا الباب وهذا
الباب كله انما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعا وعن علم الباب الثالث
في البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات
من جهة الجهل على اوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه او تعيين العقد
او من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع او بقدره او باجله ان كان هناك اجل
واما من جهة الجهل بسلامته اعني بقاءه وههنا بيوع تجمع اكثر هذه او بعضها ومن
البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها

عنها والمنطوق به اكثره متفق عليه وانما تختلف في شرح اسمائها والمسكوت عنه
مختلف فيه ونحن نذكر اولا المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه
ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون
ذلك كالقانون في نفس الفقه اعني في رد الفروع الى الاصول فاما المنطوق به في الشرع
فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصى ومنه
نهيه عن بيع حبل الحبلة ومنه نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهو ومنه
نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى
يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح اما بيع الملامسة فكا نت
صورته في الجاهلية ان يلمس الثوب ولا ينشره او يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه وهذا
مجمع على تحريمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة واما بيع المنابذة فكان ان ينبذ
كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا
يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق واما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان
يقول المشتري اي ثوب وقعت عليه الحصاة التي ارمي بها فهو لي وقيل ايضا انهم
كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار واما بيع حبل
الحبلة ففيه تاويلان احدهما انه كانت بيوعا يوجلونها الى ان تنتج الناقة ما
في بطنها ثم ينتج ما في بطنها والغرر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع
جنين الناقة وهو من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين
هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية
متفق على تحريمها وهي محرمة من جهة تلك الاوجه التي ذكرناها واما بيع متفق
الثمار فانه ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها
وحتى تزهي ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها عيونها وذلك
ان بيع الثمار لا يخلو ان يكون قبل ان يخلق او بعد ان يخلق ثم اذا خلقت لا يخلو

ان يكون

ان يكون بعد الصلاح او قبله ثم اذا كان قبل الصلاح فلا يخلو ان يكون قبل ان يزهي او بعد
ان يزهي وكل واحد من هذين لا يخلو ان يكون بيعا مطلقا او بشرط التبقية او بشرط القطع
اما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك
لانه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وهو ما روي
عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهي بيع الشجر
اعواما الا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وابن الزبير رضي الله عنهما انهما
كانا يجيزان بيع الثمار سنين واما بيعها بعد الصلاح فلا خلاف في جوازه واما
بيعها بعد ان خلقت فاكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره الا ما
روي عن ابي سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصلاح فاذا قلنا بقول
الجمهور انه يجوز قبل الصلاح فلا يخلو ان يكون بعد ان تزهي او قبل ان تزهي فقلنا
ان ذلك لا يخلو ان يكون بيعا مطلقا او بيعا بشرط القطع او بشرط التبقية فاما
بيعها قبل ان تزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه الا ما روي عن الثوري وابن ابي ليلى
من منع ذلك وهي رواية ضعيفة واما بيعها قبل ان تزهو بشرط التبقية فلا خلاف
في انه لا يجوز الا ما ذكر اللخمي من جوازها تخريجا على المذهب في جواز بيع الاصل بشرط
العهدة واما بيعها قبل ان تزهو مطلقا فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم
على انه لا يجوز مالك والشافعي واحمد واسحاق والليث والثوري وغيرهم وقال ابو حنيفة
يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع مطلق بل
من جهة ان ذلك شرط في بيع الثمر على ما سياتي بعد واما دليل الجمهور على منع بيعها
بالاطلاق قبل ان تزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية
بخلاف ما قبل الغاية وان هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية
ولما ظن الجمهور ان المعنى في هذا خوف ما تصيبه الثمار من الجائحة غالبا قبل

ان تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث انس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو
ارايت ان منع الله تعالى الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه لم يحمل العلماء النهي في هذا على
الاطلاق اعني النهي عن البيع قبل الازهاء بل حمله الاكثر على القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا
في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز او على التبقية الممنوع عنه فمن حمل الاطلاق
على التبقية او راى ان النهي يتناوله بعمومه قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال
يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل انه محمول على
القطع واما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقا قبل ان تزهو حديث ابن عمر الثابت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطه
المبتاع قالوا فلما جاز ان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وحملوا الحديث الوارد
بالنهي عن بيع الثمار قبل ان تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت
قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل ان يبدو
صلاحها فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع اصاب الثمار الدمان اصابه
قشام وهي اعراض العاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله
عليه وسلم قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها
وربما قالوا ان المعنى الذي دل عليه في الحديث بدو الصلاح هو ظهور الثمر بدليل قوله
عليه الصلاة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه وقد كان
يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى ان [illegible] ثمرة بيع
الثمار القطع ان يجيز بيع الثمار قبل بدو صلاحها على شرط التبقية والجمهور
يحمون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص اعني اذا بيع الثمر مع الاصل
واما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء
الامصار يقتضي التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام ارايت ان منع الله
الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ في الاكثر على الثمار قبل

بدو

بدو الصلاح واما بعد بدو الصلاح فلا يبقى الا في القليل فلو لم يجب في البيع بشرط
التبقية والاطلاق عند بدو كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث
وحجتهم ان نفس بيع الثمار الشجر يقتضي تسليمه والا فهو الغرر ولذلك
لم يجز ان تباع الاعيان الى اجل والجمهور على ان بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان
الى اجل لكون الترخيص يمكن ان يبيعه كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور
في بيع الثمار في موضعين احدهما في جواز بيعها قبل ان تزهى والثاني في منع تبقيتها
بالشرط بعد الازهاء او بمطلق العقد فلا معنى في الموضع الاول اقوى من خالف الجمهور
الثاني اعني في شرط القطع وان ازهى وانما كان الخلاف في الموضع الاول اقوى لانه
من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضا مروي عن عمر بن الخطاب
واما الزهو الذي هو بدو الصلاح الذي جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع
بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة
ان يظهر في الثمر صفة الطيب هذا قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد
عن انس انه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد
وكان زيد بن ثابت فيما رواه مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك
لاثنتي عشرة ليلة مضت من ايار وهو مايه وهو قول ابن عمر [illegible] عن رسول
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله
بن عمر ذلك وقته طلوع الثريا وروي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن اهل البلد وروى ابن القاسم
عن مالك انه [illegible] ان يباع الحائط وان لم يزه اذا زهى ما حوله من الحيطان اذا كان
الزمان قد امنت فيه العاهة [illegible] والله اعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه
انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل لا يعتبر مع الزهو طلوع
الثريا فيحصل في بدو الصلاح للفقهاء ثلاثة اقوال قول انه الازهاء وهو

المشهور وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء وقول الامام ان جميعا
وعلى المشهور من اعتبار الازهاء فقول مالك انه اذا كان في الحائط الواحد بعينه
اجناس من الثمار مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه
في ذلك الليث واما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض
وبدو الصلاح المعتبر عند مالك في الصنف الواحد من الثمر وهو وجود الازهاء في بعضه لا في
كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا يجد
لان الوقت الذي تعفو الثمرة فيه في الغالب من العاهة هو اذا ابتدأ الطيب في الثمرة
ابتداء متتابعا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز
بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد وقال
الشافعي لا يجوز الا بيع نخل البستان الذي ظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت
الذي تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعي اعتبر
نفس خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من باب بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب
فيه هو المشترى لم يخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة
جنة واحدة وهذا الذي يقول به احمد هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار
ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام
من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك ان العلماء
اتفقوا على انه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع ما لم تعلم
صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور
العلماء مالك وابو حنيفة واهل المدينة واهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز
بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا
بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس اما الاثر فما روي عن نافع
عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهي

وعن السنبل حتى تبيض وتأمن من العاهة نهى البائع والمشتري وهذه زيادة
على ما رواه مالك من هذا الحديث والى هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يبيع عنده قياسا
مع وجود الحديث واما بيع السنبل اذا افرك ولم يشتد فلا يجوز بلا خلاف فيما
احسبه هذا اذا كان جزافا واما بيع السنبل اذا كان كيلا فحكي عن مالك ولا اعرف
فيه قولا لغيره واختلف الذين اجازوا بيع السنبل اذا ابيع على من يكون حصاده
ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يخرجه للمشتري وقال غيرهم هو
على المشتري ومن هذا الباب ما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وابي هريرة قال
ابو عمر وكلها من نقل العدول فان جمهور الفقهاء على ان القول بموجب هذا الحديث
عموما واختلفوا في التفصيل اعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي
لا ينطلق عليها واتفقوا على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة احدها اما في مثمونين
بثمنين او في مثمون واحد بثمنين او في مثمونين بثمن واحد على ان احد البيعتين
قد لزم اما في مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين احدهما ان يقول له
ابيعك هذا الغلام بثمن كذا على ان تبيعني هذه الدار بثمن كذا والثاني ان يقول
له ابيعك هذه السلعة بدينار وهذه الاخرى بدينارين واما بيع مثمون واحد
بثمنين فان ذلك يتصور ايضا على وجهين احدهما ان يكون احد الثمنين نقدا
والآخر نسيئة مثل ان يقول له ابيعك هذا الثوب بعشرة نقدا او الى اجل بعشرين
والوجه الثاني ان يقول له ابيع منك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على ان اشتريه منك
الى اجل كذا بثمن كذا واما مثمونين بثمن واحد فمثل ان يقول ابيعك هذين بكذا
فنص الشافعي على انه لا يجوز لان الثمن في كليهما يكون مجهولا لانه لو افرد المبيعين
لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد
واصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن او المثمون واما الوجه

الثالث وهو ان يقول ابيعك هذه السلعة بدينار او هذه الاخرى بدينارين على ان البيع قد
لزم في احدهما فلا يجوز عند الجميع سواء كان النقد واحدا او مختلفا وخالف عبد العزيز بن
ابي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا وعلة منعه الجهل وعند مالك من باب
سد الذرائع لانه ممكن ان يختار في نفسه احد الثوبين فيكون قد باع ثوبا و
دينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على اصل مالك واما الوجه الثالث فهو ان يقول
له ابيعك هذا الثوب نقدا بكذا او نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه لازما واجبا
فلا خلاف في انه لا يجوز واما ان لم يكن البيع لازما في احدهما فاجازه مالك ومنعه
ابو حنيفة والشافعي لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه
اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل احد الثمنين في الآخر وهذا
عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وابي حنيفة
من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهى عنها وعلة امتناعه
عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لامكان ان الذي له الخيار قد اختار اولا
انفاذ العقد باحد الثمنين المؤجل او المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك فيكون قد
ترك احد الثمنين للثمن الثاني فكانه باع احد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمن
نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد بل
طعاما فله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا واما اذا قال اشتري
منك هذا الثوب نقدا بكذا على ان تبيعه مني الى اجل فهو عندهم لا يجوز بالاجماع
لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله ايضا علة جهل
الثمن واما اذا قال خذ بالخيار فان كان الثوبان من صنفين وثمنهما مما لا يجوز
ان يسلم احدهما في الآخر فانه لا خلاف بين مالك والشافعي في انه لا يجوز وقال
عبد العزيز بن ابي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر واما ان كانا من صنف
واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند ابي حنيفة والشافعي واما مالك فانه

اجازه

اجازه لانه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده
في ذلك واما من لا يجيزه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز لانهما افترقا على مبيع غير
معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وان القليل
يجوز ويختلفون في اشياء من انواع الغرر بين القليل والكثير فاذا الحقنا بالجواز
على مذهب مالك وقبض الثوب من المشتري على ان يختار احدهما واصابه عيب
بهما مصيبة ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشتري
الا ان تقوم البينة على هلاكه وقيل يفرق في ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين
ما لا يغاب عليه كالعبد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لا يغاب
عليه وهل يلزمه اخذ الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في احكام البيوع
وينبغي ان تعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هي اما عند فقهاء الامصار
فمن باب الغرر واما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا
ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به
في هذا الباب واما نهيه عن الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان بسبب الغرر
فالاشبه ان نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط **فصل**
واما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار
فكثيرة لكن نذكر منها اشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار مسئلة
المبيعات على نوعين بيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه وبيع غائب او متعذر الرؤية
فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال
لا وصف ولا لم يوصف وهذا اشهر قولي الشافعي وهو المنصور عند اصحابه اعني
ان بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك واكثر اهل المدينة يجوز
بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن ان تتغير فيه قبل القبض
صفته وقال ابو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم

إذا رآه كان له الخيار وإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده وكذلك المبيع على الصفة
فهو لازم وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز
بيع الغائب من غير صفة على شرط خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب
وقال هو مخالف لأصولهم وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم
المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أو ليس بمؤثر
وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر
اليسير وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هنالك وإن لم
تكن له رؤية وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد
البيع ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع
أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه
ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه
ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابه واحتج أبو حنيفة
بما روي عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا
أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة
فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف
فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويد خل
البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود
وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترط فيه بعضهم أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون ما مونا
كالعقار ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعني إذا كان من القرب
بحيث يؤمن أن يتغير فيه مسألة وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع
الأعيان إلى أجل وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بإثر عقد الصفقة إلا
أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على
شرط

شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما تقدم في بيع الغائب وإنما منع ذلك
الجمهور لما يدخله من الربا بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون منع
الدين بالدين من هذا الباب أعني لما يتعلق به من الغرر بعدم التسليم من الطرفين
لا من باب الربا وقد تكلمنا في علة الربا بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن
القاسم من أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بدا صلاحه ويراه
من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول إنما الدين بالدين ما لم
يشرع في قبض شيء منه أعني أنه كان يرى قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض
مسألة الأواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة
أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وإن لم يطب
جملته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك
أن البطون المختلفة لا يخلو أن تتصل أو لا تتصل فإن لم تتصل لم يكن
بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم
إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز فمثال المتميز جز القصيل
التي تجز مرة بعد مرة ومثال غير المتميز المقاثي والقثاء والباذنجان والقرع
ففي الذي يتميز فالنقل عن مالك روايتان أحدهما الجواز والأخرى المنع وفي الذي
يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون والشافعي وأحمد
وإسحاق في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما
لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع
ما خلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب لأن الغرر في
الصفة تشبيها بالغرر في عين الشيء وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس
على الرخصة في بيع الثمار أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة والأصل
عنده في بيع القصيل بطنا أكثر من واحد أنه لا ضرورة هنالك إذ كان متميزا

وأما وجه الجواز في التفصيل فتشبيها بما لا يتميز وهو ضعيف وأما الجمهور
فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة
واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استقلاله لا كل
ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعا لأنه من بيع المغيب ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز
والباقلاء في قشره أجازه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر
المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك أنهم اتفقوا على أن الغرر ينقسم بهذين القسمين
وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين ومن هذا الباب
السمك في الغدير أو البركة اختلفوا أيضا فيه فأجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي فيما
أحسب وهو الذي يقتضيه أصوله ومن ذلك بيع الأعمى أجازه قوم بإطلاق ومنعه قوم
بإطلاق منهم الشافعي وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع
والمشتري جاز وأما أنه اشترط أن يكون معلوم الإبان ويتواضعان الثمن أعني أنه لا يقبضه
البائع حتى يقبضه المشتري لأنه يتردد عند العقد بين سلف وبيع وهذا أصل من
أصوله يعني به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من
هذا الجنس وممن قال لا يجوز بيع اللبن في الضرع الشافعي وعثمان البتي والحجة للشافعي
حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
شراء ما في ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما
معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة
قال سحنون الغنم لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع
اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك إلا أن يكون مأيوسا منه ومنعه
الشافعي وأبو حنيفة وفي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن
والصواغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد بعد العمل أو بعرض ولم يجز بيع تراب
الصاغة ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعا وأجازه قوم في الأمرين جميعا
وبه

وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها لمكان ذلك من قبل الجهل بالكيفية
وأما اعتبار الكمية فإنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل والموزون
والمعدود والممسوح إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على
أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم والصنج المعلومة مؤثر في
صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري فيما جميع الأشياء
المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقدار هذه الأشياء التي
يكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع في
أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا الآحاد
وهي عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات والموزونات ثلاث
ومنها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي مكيلا ومن الممسوحات كالأرضين والثياب ب
ومنها ما لا يجوز فيه التقدير إلا بالكيل والوزن بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا
يجوز فيها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد أعيانها وعند مالك أن التبر
والفضة غير المسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال
أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على
الكيل أي كل كيل منها بكذا وإن كان مبلغها من الأكيال وقع من تلك القيمة بحسب
كيلها والعلم بمبلغها ومنعه الشافعي وقال أبو حنيفة لا يلزم إلا في كيل واحد وهو
الذي سمياه ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة
في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز
عند مالك أن يصدق المشتري البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة لأنه يتهم أن يكون
صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك فيها جميعا حتى يكتالها المشتري
لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وأجازه قوم
على الإطلاق وممن منعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد وممن أجازه بإطلاق
عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع

المكيل جزافاً فيه يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزابنة المنهي عنها
هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك
إما في الربويات فلموضع التفاضل وإما في غير الربويات فلعدم تحقق القدر
الرابع في بيوع الشروط والثنيا وهذه البيوع الفاسدة التي يكون فيها
هي راجعة إلى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب أن
تجعل قسماً من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والأصل في اختلاف الناس في هذا
الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه و
سلم بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة وهذا الحديث في الصحيح والحديث الثاني حديث
بريرة وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله
فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته والثالث حديث جابر قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة
والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضاً في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روي
عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط
فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد
والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم الشرط جائز
والبيع جائز وممن قال بهذا القول ابن شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط
باطل وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد
وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن الثنيا ومن
أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع مع الشرط ومن أجاز
البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز
الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا
بيع ما ليس هو عندك وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام

شروط

شروط تبطل هي والبيع معاً وشروط تجوز هي والبيع معاً وشروط تبطل ويثبت
البيع وقد يظن أن عنده قسماً رابعاً وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط
بشرطه فسخ البيع وإن تركه جاز البيع وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه
الأصناف الأربعة عسير وقد رام ذلك إلى ما يجيء نقله في المذهب وإنما كان دخول هذه
الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط
وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه أن مذهبه أولى المذاهب إذ
بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح وللمتأخرين من
أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأقرب ما له في ذلك حيه والمازري والباجي و
تفصيله في ذلك أن قال إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين أحدهما أن يشترط بعد
انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه
دون المشتري فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم
الثاني أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام
أما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه وإما أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف
عام أو خاص وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين أحدهما
أن يكون المعنى من معاني البر والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء فأما إذا
اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل أن يبيع
الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث
جابر وأما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا مثل
أن يبيع الأمة على ألا يطأها ولا يبيعها وأما أن اشترط معنى من معاني البر مثل
العتق فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول
مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على أن من قوله منع بيع وشرط
وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لأن في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره
إلى المدينة وفي بعضها أنه أعاره ظهره ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير

فاجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة واما ابو حنيفة فعلى اصله في منع
ذلك واما ان اشترط معنى في المبيع ليس له مثل ان لا يبيعه فان ذلك لا يجوز
عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط واما ما قاله في
البائع متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا
بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف
في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة او لا يجوز على ان الاقالة بيع فسخها عنده مثل
فسخ سائر البيوع ومن راى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف ايضا
فيمن باع شيئا بشرط ان لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك
لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع او غيره وقيل عن
ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة
التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن
المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع من هذا نهيه صلى الله عليه وسلم عن
بيع وسلف اتفق العلماء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك
الشرط قبل القبض فمنعه ابو حنيفة والشافعي وسائر العلماء واجازه مالك واصحابه
الا محمد بن عبد الحكم وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي
مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لاقتران السلف به وروي ان محمد بن احمد بن سهل
البرمكي سال عن هذه المسئلة اسمعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين
السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال انا
ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجاب عن هذا اسمعيل
بجواب لا تقوم له حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف مخير
في تركه او لا تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي
طولب به بالفرق وذلك ان يقال له لم كان هنا مخيرا وان يترك الزق ويصح البيع
والاشبه ان يقال ان التحريم هاهنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف

لان السلف

358

لان السلف مباح وانما وقع التحريم من اجل الاقتران اعني اقتران البيع به وكذلك
البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع
من اجل اقتران شيء محرم لعينه بالبيع لا شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسالة
هل اذا لحق الفساد البيع من قبل الشرط يرتفع عنه الفساد اذا ارتفع الشرط ام لا — يرتفع
كما لا يرتفع الفساد اللاحق للمبيع الحلال من اجل اقتران المحرم العين به وهذا
ايضا ينبني على اصل آخر وهو هل هذا الفساد حكمي او معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع
بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجـ — ـمهور
رآه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو اكثر ذلك حكمي
وليس ينعقد عندهم اصلا وان ترك الربا بعد البيع او ارتفع الغرر واختلفوا في كمه
اذ وقع على ما سياتي في احكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور
علماء الامصار على انه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين انهم اجازوه منهم
مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد بن اسلم وصورته ان يشتري الرجل
شيئا فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك الشيء شيئا على انه ان نفذ البيع بينهما
كان المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند
البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة
واكل المال بغير عوض وكان زيد يقول اجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال اهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء
مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها اعني هل تدخل تحت النهي
عن الثنيا او ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثني ما في بطنها
فجمهور فقهاء الامصار مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال
احمد وابو ثور وداود ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر وسبب الخلاف هل
المستثنى مبيع مع ما استثني منه ام ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع
فمن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المنهي عنها لما فيه من الجهل بصفته

وسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع اجاز مالك وتحصيل مذهب
مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون شائعا
او معينا او مقدرا فان كان شائعا فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبدا الا ربعه
وان كان غير معين فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين او يكون غير مغيب فان كان
مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالراس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون
مما يستباح ذبحه او لا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فلا يجوز ولانه لا يجوز
ان يبيع احد غلاما ويستثني رجله لان حقه غير متميز ولا منتفع وذلك مما
لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان بيع واستثنى منه عضوا له
قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان احدهما انه لا يجوز وهو المشهور والثاني يجوز
وهو قول ابن حبيب جواز بيع الشاة مع استثناء الاكارع والراس واما اذا لم يكن
للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه كان استثناه
بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدري على صفة يخرج بعد
كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضوا معينا معلوما فلا
يضره ما عليه من الجلد اصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره واما ان كان
المستثنى من الحيوان ان يشترط الذبح اما عينا واما مقدرا كانه جزء امقدار امثل
الارطال من جزور فعن مالك في ذلك روايتان احداهما المنع وهي رواية ابن وهب
والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم واجمعوا
من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثنائه نخلات معينات
منه قياسا على جواز اشترائها واتفقوا على انه لا يجوز ان يستثني من حائطه
له عدة نخلات غير معينة الا بتعيين المشتري لها بعد البيع لانه بيع ما لم يره
المشتري بعد واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثني منه عدد نخلات
بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفات النخيل وروي عن مالك اجازته
ومنع ابن القاسم قوله في النخلات واجازه في استثناء الغنم وكذلك اختلف

قول

359

قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يختارها بعد
شراء المشتري فاجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى
البائع مكيلة من حائطه قال ابو عمر بن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار والذين
تدور عليهم الفتوى والفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه
وسلم عن الثنيا في البيع لانه استثناء مكيل من جزاف واما مالك وسلفه من
اهل المدينة فانهم اجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهي
عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي
لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل وهذا الاصل فيه ايضا مختلف
فيه اعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في بيع و
اجارته معا في عقد واحد فاجازه مالك واصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي
لان الثمن يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم
يكن الثمن مجهولا وربما راه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة واجمعوا
على انه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف و
الشركة فمرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها
بالاقل والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة
المنع منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه
المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند الناظر فيها ولعل في
امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء
في امثال هذه المسائل الى التخيير

الباب الخامس في البيوع المنهي عنها من اجل الضرر او الغبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله
عليه وسلم عن ان يبيع الرجل على بيع اخيه وعلى ان يسوم على سوم اخيه
ونهيه عن تلقي الركبان ونهيه عن ان يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش
وقد اختلف العلماء في تحصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد

فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يبيع بعضكم على بيع بعض وهو معنى
نهيه عن ان يسوم احد على سوم اخيه وهو في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى
السائم ولم يبق بينهما الا شيء يسير مثل اختبار الذهب واشتراط العيوب
او البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر هذا الحديث ابو حنيفة وقال الثوري معناه
يبيع بعضكم على بعض ان يطرا رجل اخر على المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة
ولم يحدوا وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم
يفترقا فلا ياتي احد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا بناء على مذهبه في ان
البيع انما يلزم بالافتراق الجمهور ومالك متفقان على ان النهي انما يتناول حالة قرب
لزوم البيع ويختلفان في تحديد الحالة من الاختلاف فيما به يكون اللزوم في البيع على
ما سنذكر بعد وفقهاء الامصار على ان هذا البيع يكره وان وقع مضى انه سوم
على بيع لم يتم وقال داود واصحابه ان وقع فسخ في اي حالة وقع تمسكا
بالعموم وروي عن مالك واصحابه فسخه ما لم يفت وانكر ابن الماجشون ذلك في
البيع قال وانما قال ذلك مالك في النكاح وهو نحو ذلك واختلفوا في دخول الذمي
في النهي عن سوم احد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره
وقال الاوزاعي لا باس بالسوم على سوم الذمي لانه ليس باخ المسلم وقد قال
صلى الله عليه وسلم لا يسم احدكم على سوم اخيه ومن هاهنا منع قوم بيع
المزايدة وان كان الجمهور على جوازه وسبب الخلاف هل يحمل هذا النهي على
الكراهة او الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال او في حالة اذا حمل
دون حالة فصل واما نهيه عن تلقي الركبان فانهم اختلفوا في مفهوم النهي
ما هو فراى مالك ان المقصود بذلك اهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة
دون اهل الاسواق وراى انه لا يجوز ان يشتري احد سلعة حتى تدخل السوق هذا
اذا كان التلقي قريبا فان كان بعيدا فلا باس به وحد القرب في المذهب بنحو
ستة اميال وراى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري اهل الاسواق في تلك
السلعة

السلعة التي من شانها ان يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي
انما هو البائع لئلا يغبنه المتلقي لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع
فرب السلعة بالخيار ان شاء انفذ البيع او رده ومذهب الشافعي هو نص في
حديث ابي هريرة انه قال صلى الله عليه وسلم لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئا
فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا اتى السوق خرجه مسلم وغيره فصل واما
نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للباد فاختلف العلماء في معنى ذلك
فقال مالك لا يبيع اهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه في شراء الحضري
للبدوي فمرة اجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عنده هم اهل
الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين
وبمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال ابو حنيفة واصحابه لا باس ان
يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر وكره مالك اعني ان يخبر الحضري البادي
بالسعر واجازه الاوزاعي والذين منعوه اتفقوا على ان القصد بهذا النهي هو
ارفاق اهل الحضر لان الاشياء عند اهل البادية ايسر من اهل الحاضرة وهي
عندهم ارخص لان اكثرها يكون مجانا عندهم وهذا تمسك في جوازه ابو حنيفة
وعمدة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وابو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض والاشبه ان يكون
من باب غبن البدوي لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة
ويكون على معنى الحديث معنى النهي عن تلقي الركبان على ما تاوله الشافعي
وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعي اذا وقع فقد تم
وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض
واختلف في هذا المعنى اصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ
واما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك
والنجش هو ان يزيد احد في سلعة وليس في نفسه شراؤها يريد بذلك

ان ينتفع البائع ويضر المشتري واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال اهل الظاهر هو
فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشتري بالخيار ان شاء ان يرد رد وان شاء ان يمسك
وقال ابو حنيفة والشافعي ان وقع اثم وجاز البيع وسبب الخلاف هل يتضمن النهي
فساد المنهي وان كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ
البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن اجازه والجمهور على ان النهي اذا ورد لمعنى
في المنهي عنه انه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر واذا ورد لامر من
خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام
عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض الالفاظ انه نهى عن بيع فضل
الماء ليمنع به الكلا قال ابو بكر بن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن منع فضل الماء ليمنع به الكلا وقال لا يمنع
وهو بير ولا نقع ماء واختلف العلماء في تاويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء
على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء على حال كان من بير او غدير او عين في ارض مملكة
او غير مملكة غير انه ان كان متملكا كان احق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى
بن يحيى قال اربع لا ارى ان يمنعن الماء والنار والحطب والكلا وبعضهم
خصص هذه الاحاديث بمعارضة الاصول لها وهو انه لا يحل مال امرئ الا بطيب
نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا
هذا النهي اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البير تكون بين
الشريكين يسقي هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع احدهما في بعض يومه ولا يروى
في ذلك اليوم الذي للشريك زرعه فيجب عليه ان لا يمنعه شربه في بقية ذلك
اليوم وقال بعضهم انما تاويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بيره ولجاره
فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى ان يصلح بيره والتاويلان
قريب ووجه التاويلين انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد
وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن بيع فضل الماء فحملوا المطلق

في هذا

في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين واما مالك فالحاصل
من مذهبه ان الماء متى كان في ارض متملكة مبيعة فهو لصاحبه الا ان له بيعه
ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث
على ابار الصحراء التي تتخذ في الارضين غير المتملكة فراى ان صاحبها احق الناس
حتى ... وحده الولي بها فاذا اوردت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه يرى ان البير لم
يتملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا
على منع التفرقة بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق
بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك
في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال
مالك يفسخ وقال الشافعي وابو حنيفة لا يفسخ وياثم البائع والمشتري
وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المنهي اذا كان لعلة من خارج
واما الوقت الذي ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال
الشافعي حده سبع سنين او ثمان وقال الاوزاعي حده حتى عشر سنين وذلك
اذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع
غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ ام لا فالمشهور في المذهب انه لا يفسخ وقال
عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض اصحاب مالك وجعله الخيار
عليه الصلاة والسلام لصاحب الجلب اذا تلقي خارج المصر دليل على اعتبار
الغبن وكذلك ما جعل للمغبون من الخيار ثلاثا للذي ذكر له انه يغبن
في البيوع وراى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم
راوا ذلك في الاخوة — الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادة — دانته
وهذا انما ورد في الشرع في وقت وجوب السعي الى الجمعة فقط لقوله
تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر
الله

وذروا البيع وهذا امر مجمع عليه فيما احسب اعني منع البيع وقت الاذان
الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه اذا وقع هل يفسخ
او لا يفسخ وان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى
بالبيع او لا يلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب
الشافعي وابي حنيفة وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهي الوارد
لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي او لا يقتضيه واما على من يفسخ فعند
مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه واما اهل الظاهر فتقتضي اصولهم
ان يفسخ على كل بائع واما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيوع لان فيها
المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي الى الجمعة ويحتمل ان لا يلحق
به لانها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع واما سائر الصلوات فيمكن
ان يلحق بالجمعة على جهة الندب ما لم يضق الوقت فاذا ضاق فعلى جهة الحظر
وان كان لم يقل به احد علمي ولذلك مدح الله تعالى تارك البيوع لمكان الصلاة
فقال تعالى رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وايتاء الزكوة
انقضى القسم الاول واذ قد اثبتنا اسباب الفساد العامة للبيوع فلننتقل
الى ذكر الاسباب والشروط وهي المصححة وهو القسم الثاني من النظر العام في
البيوع القسم الثاني والاسباب والشروط وهي المصححة للبيع هي بالجملة
ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة اجناس النظر الاول في العقد
والثاني في المعقود والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة ابواب الباب
الاول في العقد والعقد لا يصح الا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية
مثل ان يقول قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت واذا قال له بعني
سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم
الا ان ياتي في ذلك بعذر وعند الشافعي انه لا يتم البيع حتى يقول المشتري

قد

قد اشتريت وكذلك اذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فقال بكذا وكذا
فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع ام لا حتى يقول قد بعتها منك
وعند الشافعي انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا اذكر لمالك قولا
ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما احسب ان الايجاب والقبول
لا ينتج الا في مجلس واحد حتى يفترقا من المجلس اعني انه متى قال البائع قد بعت
سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم اتى بعد ذلك
فقال قد قبلت انه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك
وابو حنيفة واصحابهما وطائفة من اهل المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول
وان لم يفترقا وقال الشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وداود وابن عمر البيع
لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد
وهو قول ابن ابي ذيب وطائفة من اهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح
القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروي عن ابن عمر وابي برزة الاسلمي
من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث
مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان
كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات
هذا الحديث الا ان يقول احدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع
من اوثق الاسانيد واصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع
العلم وان كان من طريق الآحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل
لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل
به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه عارضه عنده ما رواه من منقطع
حديث ابن مسعود انه قال ايما بيعين تبايعا فالقول قول البائع او يترادان
فكانه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضي ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو

كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف
في المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث
منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا بتوهم العموم فيه
والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه احد مسندا فيما احسب فهذا
هو الذي اعتمده مالك رحمه الله تعالى في ترك العمل بهذا الحديث واما اصحاب مالك
فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن اظهر الظواهر في ذلك قوله
عز وجل يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود والعقد هو الايجاب والقبول والامر
على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع
بعد ما انعقد بالقول ما لم يتفرقا واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة
فلم يكن لخيار المجلس اثر فيه اصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع
والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي تحتجون بها
يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم
على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند
المالكية وان كان قد روي عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول
ابي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا
تغليبه وانما هو من باب تاويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتاويل الظاهر
بالقياس متفق عليه عند الاصول قالوا وللحديث تاويلان احدهما ان المتبا يعين
في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهم البيع فقيل لهم انه
يكون الحديث على هذا عديم الفائدة لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار
اذا لم يقع بينهما عقد بالقول واما التاويل الاخر فقالوا ان التفرق ههنا
انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى وان يتفرقا
يغن الله كلا من سعته والاعتراض على هذا ان هذا مجاز والحقيقة هي

التفرق

التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر اللفظ والقياس فيغلب
الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الشرع فيه من اصول الى الركن الاول الذي هو
العقد واما الركن الثاني الذي هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من
الغرر والربا وقد تقدم المختلف فيه من ذلك والمتفق عليه واسباب الاختلاف
في ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفي عن الشيء بان يكون معلوم الصفة معلوم
القدر مقدورا على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل ايضا
ان كان بيعا مؤجلا واما الركن الثالث وهو العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا
مالكين تامي الملك او وكيلين تامي الوكالة وبالغين وان يكونا مع هذا غير
محجور عليهما او على احدهما اما لحق انفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه
او لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في
الفضولي هل ينعقد بيعه ام لا وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضي به صاحب
المال مضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان
رضي المشتري صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعي في الوجهين جميعا واجازه
مالك في الوجهين وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في
الشراء وعمدة المالكية ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي
دينارا وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار فبعت
شاة بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم
فقال اللهم بارك في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يامره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على ابي حنيفة
في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الامرين جميعا وعمدة الشافعي النهي
الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره
قالوا والدليل على ذلك ان النهي انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة
وذلك انه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده وسبب الخلاف المسألة المشهورة

هل اذا ورد النهي على سبب حمل على سببه او تعمم جهته هي اصول هذا
القسم في الجملة فالنهي في هذا القسم هو مسطور في القراءة في الجزء الاول ولكن
النظر الصناعي الفقهي يقتضي ان يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب
غرضنا فلننحى الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة في البيوع الصحيحة

القسم الثالث

القول في الاحكام العامة في البيوع الصحيحة وهذا القسم ينحصر
اصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في اربع جمل الجملة الاولى في احكام وجود
العيب في المبيعات والجملة الثانية في الضمان في المبيعات هل ينتقل من ملك
البائع الى ملك المشتري والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع مما هي
موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعها والرابعة في اختلاف المتبايعين واركان
الاليق به كتاب الاقضية وكذلك ايضا من احكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة
هي ايضا من احكام الطارئة ولكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب الجملة الاولى
وهذه الجملة فيها بابان الباب الاول في احكام وجود العيوب في البيع بشرط البراءة
الباب الثاني في احكام العيوب في البيع المطلق والاصل في وجوب الرد بالعيب
قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وحديث المصراة المشهور ولما كان
القائم بالعيب لا يخلو ان يقوم في عقد يوجب الرد او لا يقوم في عقد يوجب ذلك ثم
اذا قام في عقد يوجب ذلك فلا يخلو ايضا ان يقوم بعيب يوجب حكما او لا يوجبه فان
قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو ايضا المبيع من ان يكون لم يحدث فيه تغير بعد
البيع او لا يكون ثم ان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فكم اصناف التغيرات
وما احكامها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة الفصل الاول
في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب فيها الثاني
في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها الثالث
في معرفة اصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها الخامس في القضاء
في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية الفصل

الاول

الاول من الباب الاول اما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم فلا خلاف في العقود
التي المقصود منها المعاوضة كما انه لا خلاف ان العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة
لا خلاف ايضا في انه لا تاثير للعيب فيها كالصلات لغير الثواب والصدقة واما
ما بين هذين الصنفين من العقود اعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل
هبة الثواب فالاشهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به
اذا كان العيب مفسدا الفصل الثاني وفي هذا الفصل نظران احدهما في
العيوب التي توجب الحكم والثاني في الشرط الموجب له فاما العيوب التي توجب
الحكم فمنها عيوب في النفس ومنها عيوب في الجسم وهذه هي التي وجودها نقص
في اصل الخلقة واما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كمالات وليس فقدها
نقصا مثل الصنائع واكثر ما يوجد هذا الصنف في احوال النفس وقد يوجد في
احوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ما هي في اجسام ذوات الانفس ومنها
ما هي في غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تاثير في العقد هي عند الجميع
ما نقص عن الخلقة الطبيعية او الخلق الشرعي نقصانا له تاثير في ثمن المبيع
وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فرب نقص في الخلقة
فضيلة في الشرع كالخفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء
مما يتعامل به الناس وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل
ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك يحصل للفقيه يعود
كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا لمن تقدمه او فيما لم يقف
على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال
مالك والشافعي هو عيب وقال ابو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي
الذي هو العفة والزواج الذي هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من
العيوب المانعة من الاستعمال وكذلك الدين وذلك ان العيب في الجملة ما عاق
فعل النفس او فعل الجسم وهذا المانع قد يكون في الشيء وقد يكون من

احمز

خارج وقال الشافعي ليس الربو ولا الزواج بعيب فيما احسبه والحمل في الرائعة عيب
عند مالك وفي كونه عيبا في الوخش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي
عيب وهو حقن اللبن في الثدي اياما حتى يوهم ذلك ان الحيوان ذو لبن غزير
وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تصروا الابل
والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ان شاء امسكها وان شاء ردها وصاعا
من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا موثرا
قالوا وايضا فانه تدليس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال ابو حنيفة واصحابه ليست
التصرية عيبا للاتفاق على ان اللبن ليس بعيب اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك
ليس بعيب قالوا وحديث المصراة لا يوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق
للاصول من وجوه فمنها انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان
وهو اصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة بيع طعام بطعام نسيئة وذلك
لا يجوز باتفاق ومنها ان الاصل في المتلفات اما القيم واما المثل واعطاء
صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول في الجزاف
بالمكيل المعلوم لان اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وايضا
فانه يقل ويكثر والعوض ها هنا محدود ولكن الواجب ان يستثنى هذا
من هذه الاصول كلها للنص الثابت في الحديث وهذا كانه ليس من هذا الباب
وانما هو حكم خاص ولكن لنرجع الى حيث كنا فنقول انه لا اختلاف
في العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب موثرة والشيب في المذهب عيب
في الرائعة وقيل لا باس باليسير منه فيها والاستحاضة عيب في الرقيع
والوخش وكذلك ارتفاع الحيضة عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب
وامراض الحواس عيب والاعضاء كلها باتفاق وبالجملة ما اثر في منفعة
فهو عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ترد
به الجارية ولا يرد به العبد والتانيث في الذكر والتذكير في الانثى عيب هذا

كله

كله في المذهب الا ما ذكرنا فيه الاختلاف واما شرط العيب الموجب للحكم به فهو
ان يكون حادثا قبل امد التبايع باتفاق او في العهدة عند من يقول بها فيجب
ان نذكر ها هنا اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة
دون سائر فقهاء الامصار وسلفه في ذلك اهل المدينة الفقهاء السبعة
وغيرهم ومعنى العهدة ان كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع
وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب
الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام
والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع
وما حدث من غير هذه من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهدة
الثلاث عند المالكية بمنزلة ايام الخيار وايام الاستبراء والنفقة فيها والضمان
من البائع واما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الادواء
الثلاثة وهي العهدة عند مالك في الرقيق ومن ايضا واقعة في اصناف النوع في كل
ما كان القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان يبيعا في الذمة هذا الاختلاف
فيه في المذهب وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الاشهر من المذهب
وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث اي ان كان زمان المواضعة اطول من عهدة
الثلاث ان كان ازيد وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو
الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا تتداخل عهدة منها
مع ثانية عهدة الاستبراء ولا تتم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف
عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير ان يحمل اهلها عليها فروي عنه
الوجهان فاذا قيل لا تلزم اهل ذلك البلد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب
ان يحمل عليها اهل كل بلد فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث
وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم المبيع فيه للبائع

فياسا على بيع الخيار ويبقى في النقد فيما بين التسليم والبيع فهذه كلها مشهورات
اختلاف العهدة في مذهب مالك رضي الله عنه كلها وهي مبنية على صحة العهدة فلنرجع
الى تقرير المثبتين لها والمبطلين لها فالعهدة مالك رحمه الله تعلق في العهدة وحجته التي
عول عليها في عمل اهل المدينة واما اصحابه المتأخرون فاحتجوا بما رواه الحسن
عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة ايام وروي ايضا
لا عهدة بعد اربع وروى هذا الحديث ايضا الحسن عن سمرة وان كان الترمذي قد صححه
واما سماع الحسن سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهدة اثر ورأوا انها
مخالفة للاصول وذلك ان المسلمين مجمعون على ان كل مصيبة تنزل بالمبيع
بعد قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت
ولهذا ضعف عند مالك في احدى الروايتين ان يقضى بها في كل بلد الا ان يكون
ذلك عرفا في البلد او يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يات في ذلك اثر وروى
الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال
ما علمت فيهما امرا سالفا واذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب الحكم
من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع
او في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقي

الفصل الثالث

واما وجود الحكم فان لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو
ان يكون في عقار او في عروض او في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري مخير بين
ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شيء له واما ان كان في عقار فمالك يفرق
في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان يسيرا لم يجب الرد ووجب
له قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيرا اوجب الرد هذا هو الموجود المشهور
في كتب اصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل واما العروض
فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها

بمنزلة

بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه ابن رزق شيخ جدي
رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض
وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول اعني ان يفرق
في ذلك ايضا في العروض والاصل ان كل ما حط القيمة انه عيب به الرد وهو الذي
عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يقل البغداديون فيما احسب على التفرقة التي
قيلت في الاصول ولم يختلف قوله في الحيوان انه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير

فصل واذا قلنا ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك
ولا شيء له فان اتفقا على ان يمسك المشتري سلعته ويعطيه قيمة العيب فعامة
فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن سريج من اصحاب الشافعي فانه قال ليس
لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي
عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه اعني ان يرد ويرجع
بالثمن وله ان يعاوض على تركه الى عوض يأخذه وهذا الاختلاف فيه في الباب وعليه
مشهور ان من قبيل التبعيض اعني هل اذا اشترى المشتري انواعا من المبيعات
في صفقة واحدة فوجد احدها معيبا هل يرجع بالجميع او بالذي وجد فيه العيب
فقال قوم ليس له الا ان يرد الجميع او يمسك وبه قال ابو ثور والاوزاعي الا ان
يكون سمى لكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا من مال الاختلاف
فيه في انه يرد المعيب بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب
بحصته من الثمن وذلك بالتقويم وممن قال بهذا القول الثوري وغيره وروي عن
الشافعي القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة
والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وقال ابو حنيفة
نحو بعض هذا وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجد بعد القبض رد المعيب
بحصته من الثمن ففي هذه اربعة اقوال وحجة من منع التبعيض في الرد ان المردود يرجع
فيها بقيمة لم يتفق عليه المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى بقيمة لم يتفقا عليه

وممكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي اقيم بها واما تفريق
مالك بين ما هو وجه الصفقة او غير وجهها فاستحسان منه لانه راى ذلك المعيب
اذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في ان يرد بحصته من الثمن الذي اخرج
ارادة المشتري والبائع واما عندما يكون مقصودا او جل المبيع ففيه عظم الضرر
في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تاثير العيب في قيمة الجميع او قيمة المعيب
خاصة واما حجة من راى الرد في البعض المعيب فلانه موضع ضرورة فاشبه
بيع التفرق متعلق الرضى قياسا على ان ما فات من المبيع فليس فيه الا القيمة
واما تفريق ابي حنيفة بين ان يقبضه والا يقبضه فلان القبض عنده شرط من
شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق
في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب واما المسالة الثانية فانهم ايضا اختلفوا
في رجلين يشتريان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد
احدهما الرجوع ويابى الاخر فقال الشافعي لمن اراد منهما الرد وهي رواية ابن
القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد وهي رواية عنه ومن اوجب الرد شبهه بالصفقتين
المتفرقتين لانه قد اجتمع فيها عقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفقة الواحدة
اذا اراد فيها المشتري تبعيض رد المبيع بالعيب الفصل الرابع واما
ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغيره فالحكم في ذلك
يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير فما تغير بموت او فساد او عتق
فاتفق فقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب وقال
عطاء بن ابي رباح لا يرجع في الموت والعتق بشيء وكذلك عندهم حكم المشتري
جارية فاولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس والكتابة واما
تغيره بالبيع فانه اختلف فيه فقال ابو حنيفة والشافعي اذا باعه
لم يرجع بشيء وكذلك قال الليث واما مالك فله في البيع تفصيل وذلك انه
لا يخلو ان يبيعه من بائعه منه او من غير بائعه ولا يخلو ايضا ان يبيعه

بمثل الثمن او اقل او اكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع بالعيب
واما ان باعه باقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب واما ان باعه باقل من الثمن
رجع عليه بقيمة العيب وان باعه باكثر من الثمن فان كان البائع الاول مدلسا
اي عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشيء وان لم يكن مدلسا رجع الاول على
الثاني بالثمن والثاني على الاول ايضا وتنفسخ البيعتان ويعود المبيع الى
ملك الاول فان باعه من غير بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمته مثل
قول ابي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال
اشهب يرجع بالاقل من قيمة العيب او بقيمة الثمن هذا اذا باعه باقل مما
اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن او اكثر وبه قال عثمان البتي ووجه
قول ابن القاسم والشافعي وابي حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد اخذ عوضا فيه
من غير ان يعتبر تاثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولولا ذلك متى قام عليه
المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثاني
تشبيه البيع بالعتق ووجه قول اشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن
له الا الامساك او الرد للجميع فاذا باعه فقد اخذ عوضه ذلك الثمن فليس له
الا ما نقص الا ان يكون اكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهبه او تصدق به رجع
بقيمة العيب وقال ابو حنيفة لا يرجع لان هبته او صدقته تفويت الملك بغير
عوضه ورضى منه بذلك فلما لم يكن رضاه باسقاط حق العيب اولى وارى
بذلك واما مالك فقاس الهبة على العتق ونحو كلام القياس ان لا يرجع في شيء
من ذلك اذا فات وليس يمكنه الرد لاجماعهم على انه اذا كان في يديه فليس
يجب له الا الرد او الامساك دليل على انه ليس للعيب تاثير في اسقاط
شيء من الثمن وانما له تاثير في فسخ البيع فقط واما العقود التي يتعقبها
الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك العلماء من مالك فقال ابن القاسم
لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال اشهب اذا لم يكن

زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم اولى والغلة
للتواب عند مالك في البيع وانما فوقت في هذه الاقوال التي تطرأ على المبيع من العقود
الحادثة فيها واحكامها بان ... في النقصان واما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو
ان يكون النقص في قيمته او في البدن او في النفس فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق
فغير موثر في الرد بالعيب باجماع واما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيرا غير
موثر في القيمة فلا تاثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهذا نص
مذهب مالك وغيره واما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فهنا اختلف
العلماء على ثلاثة اقوال احدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس
له غير ذلك الا ان يرضى البائع بالرد وبه قال الشافعي في قوله الجديد وابو حنيفة
وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول
الشافعي الاول والقول الثالث قول مالك ان المشتري مخير بين ان يمسك
ويرجع على البائع بقيمة العيب او يرد على البائع ويعطيه ثمن
العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري
انا اقبض المبيع وتعطي انت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري
بل انا امسك المعيب وتعطي انت قيمة العيب الذي حدث عندي فالقول قول
المشتري والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا ايضا على قول
من يرى انه ليس للمشتري الا ان يمسك او يرد ما نقص عنده وشذ ابو محمد
بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه اما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد
ويرد قيمة العيب او يمسك فلانه قد اجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع
عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم
وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده
واما من راى انه لا يرد المبيع بشيء وانما له قيمة العيب الذي كان عند
البائع فقياسا على العتق والموت لكن هذا الاصل غير مجمع عليه وقد

خالف

خالف فيه عطاء واما الحنفية فتعارضا عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري
وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من احد امرين اما ان يكون من غير علم ان لم يستعلم
العيب ويعلم به المشتري او يكون علمه فدلس على المشتري وعند مالك انه اذا صح انه
دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يرجع المشتري اليه بقيمة العيب الذي حدث
عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس به
واما حجة ابي حنيفة فلانه امر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع فانه رد بالعيب
دل على ان البيع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وايضا فلا الكتاب ولا السنة
توجب على مكلف غرم ما لم يكن له تاثير في نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند
من ضمن الغاصب ما نقص عنده بامر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن
واما العيوب التي في النفس كالاباق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تفيت الرد
كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري انه اذا ارتفع
بعد حدوثه انه لا تاثير له في الرد الا ان يكون من عاقبته واختلفوا في هذا الباب في
المشتري يطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء
كانت بكرا او ثيبا وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يرد قيمة الوطء في البكر
ولا يرد في الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن شبرمة وابن
ابي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها وان كانت
بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت
له بالضمان واما البكر فهو عيب يثبت عنده المشتري بالخيار على ما سلف من رايه و
قد روي مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف وذلك
النوع من الرقيق فان كان له اثر في القيمة رد المشتري للبائع ما نقص وان لم يكن له اثر
لم يلزمه شيء فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات واما الزيادة الحادثة
في المبيع اعني المتولدة المنفصلة منه فقد اختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى
انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان

واما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرده البائع وليس للمشتري الا الرد للزايد مع الاصل او الامساك وقال ابو حنيفة الزوايد كلها تمنع الرد وتوجب ارش العيب الا الغلة والكسب وحجته ان ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يمكن رده ورد ما تولد منه كان ذلك فوتا يقتضي ارش العيب الا ما خصصه الشرع من الخراج والغلة واما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب اما في الامساك والرجوع بقيمة العيب واما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة واما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار من المشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير

الفصل الخامس

واما معرفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تشاجر البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة فها هنا وجب الحكم القاضي بتلك الحال فان انكر البائع دعوى القا(ئم) ع فلا يخلو ان ينكر وجود العيب او ينكر حدوثه عنده فان انكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوي في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه صناعة ما شهد به اهل تلك الصناعة فقيل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه موثرا في القيمة وفي كونه ايضا قبل امد التبايع او بعده فان لم تكن للمشتري بينة حلف البائع انه ما حدث عنده واذا لم تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع واما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشيء سليما ويقوم معيبا ويرد المشتري ما بينهما وكذلك ان وجب الخيار فوقع ثلاثة تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري في البائع الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما نقصته القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان ابى المشتري الرد وجب الامساك ورد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة

بالعيب الحادث عند البائع [illegible]
وتقويم [illegible]

والمعيبة عنده

الباب الثاني في بيع البراءة

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط المشتري على البائع التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال ابو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع او لم يعلمه سماه او لم يسمه ابصره او لم يبصره وبه قال ابو ثور وقال الشافعي في اشهر قوليه وهو المنصور عند اصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري وبه قال الثوري واما مالك فالاشهر عنه ان البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل في الجواري الرايعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوخش وعنه رواية ثانية انه لا يجوز الا في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقد روي عنه ان بيع البراءة انما يجوز من السلطان فقط وقيل بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير ان يشترط البراءة وحجة من راى القول بالبراءة على الاطلاق ان القيام بالعيب حق من حقوق المشتري فاذا اسقطه سقط اصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق ان ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط فعل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطا ان عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانماية درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فابى عبد الله ان يحلف وارتجع العبد وروي ايضا ان زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص بذلك مالك الرقيق لكون عيوبهم في الاكثر خافية وبالجملة فيشبه ان يكون ذلك خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف باختلاف الغرر كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به الا يجوز اصله في اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك انه اخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خف من بيع السلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من اصحاب مالك ان البراءة انما تجوز فيما كان

من العيوب لا نقصها وفيه ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها
بالشرط اعني اذا اشترط الا بيع السلطان والمواريث عند مالك فالكلام
بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وشرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات
والعيوب ولمن يجوز بالشرط او مطلقا وهذه كلها قد تقدمت مستوفاة بالقوة
في قولنا الجملة التركيبية في وقت ضمان المبيعات واختلفوا في الوقت الذي يضمن
فيه المشتري المبيع ان يكون خسارته ان هلك منه فقال ابو حنيفة والشافعي
لا يضمن المشتري الا بعد القبض واما مالك فله فيه تفصيل وذلك ان المبيعات عنده
في هذا الباب ثلاثة اقسام مبيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل
او عدد ومبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف او ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد
فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمنه المشتري الا بعد القبض واما ما ليس فيه حق
توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه واما البيع
الغائب فعن مالك في ذلك ثلاث روايات اشهرها ان الضمان من البائع الا ان
يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا ان يشترطه على البائع والثا لثة
الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوانات والمأكولات
وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف في هذه المسالة مبني على هل القبض شرط من
شروط العقد او حكم من احكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض
من شروط صحة العقد او لزومه او كيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده
من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من احكام المبيع والبيع
قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفريق مالك بين الغائب
والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه استحسان ومعنى الاستحسان في
اكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب اهل الظاهر الى ان
الى ان بالعقد يدخل في ضمان المشتري فيما احسب وعمدة من راى ذلك اتفاقهم
على ان الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن اسيد ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له انههم عن بيع ما لم يقبضوا

وربح ما لم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في البيع فيما سلف ولا خلاف بين
المسلمين انه من ضمان المشتري بعد القبض الا في العهدة والجوائح فاذ قد ذكرنا
العهدة فينبغي ان نذكر ها هنا الجوائح القول في الجوائح اختلف العلماء
في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك واصحابه ومنعها ابو حنيفة والثوري
والشافعي في احد قوليه والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمرا فاصابته جائحة فلا ياخذ من اخيه شيئا على ماذا
ياخذ احدكم مال اخيه خرجه مسلم عن جابر وروي عنه انه قال امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بوضع الجوائح وعمدة من اجاز الجوائح حديث جابر هذا وقياس الشبه
ايضا وذلك انهم قالوا انه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه
الى ان يكمل فوجب ان يكون ضمانه منه اصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق
توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع في الشرع
والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق فوجب ان يكون
في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات واما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه
هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية في هذا البيع هو القبض وقد اتفقوا على
ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع ايضا حديث ابي
سعيد الخدري قال اجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا
فلم يحكم بالجائحة فسبب الخلاف في هذه المسالة هو تعارض الآثار وتعارض مقاييس
الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للاصل الذي هو الاصل
عنده بالتاويل فقال من منع الجائحة يشبه ان يكون الامر بها انما ورد قبل
النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر
شكوا الجوائح امر ان لا يبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك في حديث
[illegible] ويمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة او يكون المقدار

زيد بن ثابت [illegible] قالوا في حديث جابر [illegible]

الذي اصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ او بعد الطيب
واما الشافعي فيروي حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول
انه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل
والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم
في هذا الجنس على انها تتلو الخلاف في اصول القول بها على مذهب مالك ينحصر في اربعة
فصول الاول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح الثاني في محل الجوائح من المبيعات
الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه الرابع في الوقت الذي توضع فيه الفصل الاول
اما ما اصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب
انه جائحة واما ما اصاب من صنع الادميين فبعض راه من اصحاب مالك
جائحة وبعض لم يره جائحة والذين راوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم
راى منه جائحة ما كان منه غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمعاوضة جائحة
مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الادمي جائحة باي وجه
كان فمن جعلها في الامور السماوية فقط اعتبر قوله عليه الصلاة والسلام
ارايت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في افعال الادميين شبهها بالامور السماوية
ومن استثنى اللص قال يمكن ان يتحفظ منه الفصل الثاني وفي محل الجوائح هي
الثمار والبقول اما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب واما البقول ففيها خلاف والاشهر
ان فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصل المستثنى
وهو الثمر الفصل الثالث واما المقدار الذي تجب فيه الجائحة اما في الثمار
فالثلث واما في البقول فقيل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم
يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر
عند اشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان
ثلثا في الكيل او لم يكن واما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل
فان كان نوعا واحدا ليس يختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان
كان الثمر انواعا كثيرة مختلفة القيم او كان بطونا مختلفة القيم ايضا اعتبر

قيمة

قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره من القيمة حط من الثمن بذلك القدر
فمرة في موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوي القيمة في اجزاء الثمر وبطونه وفي
موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة والمكيلة تعتبر في مصيرهم الى
التقدير في موضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل في هذا
معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من
كل ثمر فكان المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وايضا
فان الجائحة التي علق الحكم بها يقتضي الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب
الفرق فوجب ان يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع وان كان المذهب
يضطرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير فيجعله ايضا هاهنا ومرة
يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في انه الفارق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر
اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت
فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية
في قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير الفصل الرابع واما زمان
القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه الى
تبقية الثمار على رؤوس الشجر حتى يستوفي طيبها واختلفوا اذا ابقاها المشتري
في الاصول ليبيعها على النضارة وشيئا شيئا فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان
المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على
وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه
من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق اوجب فيه الجائحة ومن غلب الافتراق
لم يوجب فيه جائحة اعني من راى ان النضارة مطلوبة بالشراء كالطيب مطلوب
قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحدا قال ليس فيه جائحة
ومن هذا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول الجملة الثالثة من جمل
النظر في الاحكام وهو في توابع المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة
اختلافهم في بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه

فجمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشتري وانه اذا كان البيع
بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه المبتاع والثمار في هذا المعنى في معنى النخل
وهذا الحكم لثبوت حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا
قد ابرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم
بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشتري قبل الابار بلا شرط وقال
ابو حنيفة واصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم هاهنا
من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجب للبائع بعد الابار فهي احرى
ان تجب له قبل الابار وشبهوها بخروج الثمر بالولادة فقالوا كما ان من باع امة لها
ولد فولدها للبائع الا ان يشترطه المبتاع كذلك الامر في الثمر وقال ابن ابي ليلى
سواء ابر او لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشتري اشترطها او لم يشترطها فرد الحديث
بالقياس لانه راى ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت
عنده الحديث واما ابو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه
فاذا سبب الخلاف في هذه المسالة بين ابي حنيفة والشافعي ومالك ومن
قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى وهو الذي يسمى فحوى
الخطاب لكنه هنا ضعيف وان كان في الاصل اقوى من دليل الخطاب واما سبب
مخالفة ابن ابي ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار
عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل في طلع اناثها وفي سائر الشجر ان ينور وينعقد
والتذكير في شجر التين التي تذكر في المذهب روى ابن القاسم عن مالك ان اباره
ان يعرض قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار او وقت
الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبني الاختلاف اذا ابر بعض النخل
ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما ابر او لا يتبعه واتفقوا فيما احسب
على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر المسا لة
الثانية ومن اختلافهم في بيع مال العبد في البيع للعبد وذلك انهم اختلفوا
في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة اقوال احدها ان ماله

في البيع

في البيع والعتق لسيده وكذلك في المكاتبة وبه قال الشافعي والكوفيون والثاني
ان ماله تبع له في البيع والعتق وهو قول داود وابي ثور والثالث انه تبع له
في العتق ولا يتبعه في البيع الا ان يشترطه المشتري وبه قال مالك والليث
فحجة من راى ان ماله في البيع لسيده الا ان يشترطه المبتاع حديث ابن عمر
المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله
للذي باعه الا ان يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده في العتق فقياسا على
البيع وحجة من راى انه تبع للعبد في كل حال الاصل على كون العبد مالكا
عنده وهي مسالة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا اعني هل يملك العبد
او لا يملك ويشبه ان يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث
ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر وسالم رواه
عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم واما مالك فغلب القياس في العتق وال
السماع في البيع وقال مالك في موطئه الامر المجتمع عليه عندنا ان المبتاع اذا
اشترط مال العبد فهو له نقدا كان او عرضا او دينا وقد روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال من اعتق غلاما فماله له الا ان يستثنيه سيده ويجوز عند
مالك ان يشتري العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم او فيه دراهم
وخالفه الشافعي وابو حنيفة اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة
من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز في سائر البيوع واختلف اصحاب مالك
في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز
وقال اشهب جائز ان اشترط بعضه وفرق بعضهم فقالوا ان كان ما اشترى
به العبد عينا وفي مال العبد دراهم لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم
وان كان ما اشترى به عرضا ولم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن
القاسم انه لا يجوز ان يشترط بعضه تشبيها بثمر النخل بعد الابار ووجه

قول اشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست
مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان
في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضاه المتبايعان اعني ان يزيد
المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع او يحط منه البائع هل
يتبع حكم الثمن ام لا وفائدة الفرق ان من قال هي من الثمن اوجب ردها في الاستحقاق
وفي الرد بالعيب وما اشبه ذلك وايضا من جعلها في حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة
فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعني الزيادة لم يوجب شيئا من هذا فذهب
ابو حنيفة الى انها من الثمن الا انه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع
المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة
والنقصان بالثمن اصلا وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله
جل وعز ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة
في الصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني بانهم اتفقوا على انها لا تلحق
في الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد استقر قال الزيادة هبة ومن
رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن

الجملة الرابعة

واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هنالك بينة
ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان فهم متفقون
في الجملة ومختلفون في التفصيل اعني في الوقت الذي يحكم فيه بالايمان والتفاسخ
فقال ابو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين
السلعة فان فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد
بن الحسن صاحب ابي حنيفة واشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت واما مالك
فعنه روايتان احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد
القبض القول قول المشتري والثانية قول ابي حنيفة وهي رواية ابن القاسم

والثالثة

والثالثة رواية اشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع
ونقصانه وقال داود وابو ثور القول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر
الا ان يكونا اختلفا في جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عنده والتحالف
ولا خلاف انهم اذا اختلفوا في جنس الثمن او المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ
وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ
عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ايما متبايعان تبايعا فالقول قول البائع او يترادان فمن حمل هذا الحديث
على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان ويتفاسخان والعلة في ذلك عنده
ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه واما من رأى الحديث انما يجب ان يحمل على
الحالة التي يجب ان يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة
او فاتت فقد صار القبض شاهدا للمشتري وشبهة لصدقه واليمين انما تجب
على اقوى المتداعيين شبهة وهذا هو اصل مالك في الايمان ولذلك يوجب في مواضع
اليمين على المدعي وذلك ان اليمين انما وجبت على المدعى عليه لا من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث
هو في الاكثر اقوى شبهة فاذا كان المدعي في موطن اقوى شبهة وجب ان يكون
اليمين في حيزه واما من رأى القول قول المشتري فلانه رأى ان البائع مقر
للمشتري بالشراء ومدع عليه عددا ما في الثمن واما داود ومن قال بقوله
فرد حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه البخاري ولا مسلم وانما خرجه
مالك ومن مسائلهم اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان احداهما الفسخ والثانية
القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف فالاشهر
البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول
صاحبه فيه خلاف في المذهب

القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع

الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها او نماء او نقصان او حوالة سوق
ان حكمها الرد اعني ان يرد البائع الثمن والمشتري المثمون واختلفوا اذا قبضت
وتصرف فيها بعتق او بيع او هبة او رهن او غير ذلك من سائر التصرفات فقال الشافعي بعي
هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت او نقصت فقال الشافعي ليس ذلك
كله فوتا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد والواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت
يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال ابو حنيفة
والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة فاما المحرمة فانها
اذا فاتت مضت بالقيمة واما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما
صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعي يشبه
البيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر
والخنزير فليس عنده فيها فوت ومالك يرى ان النهي في هذه انما هو لمكان عدم
العدل اعني بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع
بالقيمة لانه قد يقبض السلعة وهي تساوي الفا درهم ويردها وهي تساوي خمسمائة
ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا في البيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف
انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة ما لم تكن ازيد من
الثمن لان المشتري قد رضي به في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد اكثر
من ذلك وان كان المشتري هو الذي اسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن
لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها ما لم تكن اقل من الثمن
لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف
الذي هو موضوع لرفق الناس بعضهم بعضا ومالك في هذه المسالة اتفق مع
الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض اعني شرط السلف هل يصح
البيع ام لا فقال ابو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك

والعلماء

واصحابه الا ابن عبد الحكم البيع غير مفسوخ وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور
وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه
بعد رفع الشرط الذي وقع من قبله الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات
بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من
الوجود وروي ان محمد بن احمد بن سهل البركي سال عن هذه المسالة اسماعيل
بن اسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار
وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال انا ادع الزق وهذا البيع مفسوخ عند
العلماء بالاجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فاجاب عن ذلك بجوابات لا تقوم
بها حجة وقد تقدم القول في ذلك واذ قد انقضى القول في اصول احكام البيوع
الفاسدة واصول البيوع الصحيحة وفي اصول احكام البيوع الصحيحة واصول
الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر
منها ما يجري مجرى الاصول كمل كتاب البيوع بحمد الله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان احدهما عدم النسيئة
وهو الفور والاخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب
ينحصر في خمسة اجناس الاول في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة والثاني
في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان المعنيان ينقسمان لفصول
كثيرة فيعرض هنالك الخلاف والثالث فيما وقع ايضا من هذا البيع بصورة يختلف
فيه هل هو ذريعة الى احد هذين الامرين اعني الزيادة او النسيئة او كليهما
عند من قال بالذرائع وهو مالك واصحابه وهذا ينقسم ايضا الى نوعين كانقسام
اصل الفاسد والرابع في خصائص احكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان اعني
عدم النساء او التفاضل او كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان
هذين الشرطين فيه في احكام كثيرة وانت اذا تاملت الكتب الموضوعة

في فروع الكتاب الذي يسمونه بكتاب الصرف وجزئياتها كلها راجعة الى هذه الاجناس
الخمسة او الى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يذكرونها في الكتب الواحد بعينه
مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال الكفالة في كتاب الصرف ومسائل
كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الغالب منها يؤول الى احد هذين
الاصلين اعني الى صرف بنسيئة او بتفاضل ادخلوها في هذا الكتاب مثل
مسائل في اقتضاء الغائبة والسمعة واخذ بعضها من بعض لكن
لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع او قريب
من المنطوق به راينا ان نذكر في هذا الباب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى
الاصول لما ياتي على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما
وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب
ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة اصول الفقه
ويكفي في ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب او اقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها
لا بحفظ مسائل كثيرة من مسائل الفقه ولو بلغت في العدد اقصى ما يمكن
ان يحفظه الانسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذي حفظ
مسائل كثيرة وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن ان الخفاف هو الذي
عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف
كثيرة سياتيه انسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه فيلجا الى صانع
الخفاف وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال اكثر المتفقهة
في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر
مسائل التي وعدنا بها المسالة الاولى اجمع العلماء على ان بيع الذهب
بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد الا ما روي عن ابن عباس
ومن تبعه من المكيين فانهم اجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط

وانما

375

وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا ربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فاخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث
فلم يجعل الربا الا في النسيئة واما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن
ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب
الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل
ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز وهو من اصح ما
روي في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح ايضا في هذا الباب فصار
الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا في ذلك واما حديث ابن عباس فليس بنص
في ذلك لانه روي فيه لفظان احدهما انه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه
اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف لا سيما اذا عارضه النص
واما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا في النسيئة فهو اقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضي
ان ما عدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا في النسيئة من
جهة انه الواقع في الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تاويله على الجهة
التي يصح الجمع بينهما واجمع الجمهور على ان مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع
بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الا معاوية فانه كان
يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ما روي عن مالك انه
سئل عن الرجل ياتي دار الضرب بورقه او ذهبه فيقال اذا كان الضرورة خروج
الرفقة ونحو ذلك فجائز وان لا يكون به باس وبه قال ابن القاسم من اصحابه وانكر
ذلك ابن وهب من اصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء واجاز مالك بدل الدينار
الناقص بالوازن والدينارين على اختلاف بين اصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك
من الذي لا يجوز على جهة المعروف المسالة الثانية اختلف العلماء في
السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة او بالذهب وفيه

حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة
بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كانت قيمة ما فيه من الذهب
او الفضة الثلث فاقل جاز بيعه اعني بالفضة ان كان فضة او بالذهب ان كان
فيه ذهب والا لم يجز وكانه راى انه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في
البيع وصارت كانها هبة وقال ابو حنيفة واصحابه لا باس ببيع السيف المحلى
بالفضة اذا كانت الفضة اكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الامر في السيف
المحلى بالذهب لانهم راوا ان الفضة التي فيه او بالذهب يقابل مثله من الذهب او
الفضة المشترى به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث
والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبيد الله الانصاري انه قال اتي رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهو في خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز من المغانم فامر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم واما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك
على الاطلاق وقد انكر عليه ابو الدرداء وقال لا اسكن بارض انت فيها لما رواه من
الحديث المسالة الثالثة اتفق العلماء على ان من شرط الصرف ان يقع ناجزا
واختلفوا في الزمان الذي يحد هذا المعنى فقال الشافعي وابو حنيفة الصرف يقع ناجزا
ما لم يفترق المتصارفان تعجل او تاخر القبض في المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا
حتى كره المواعدة فيه وسبب الخلاف تردد مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام
الا هاء وهاء وذلك ان هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن راى ان هذا اللفظ صالح لمن
يفترق من المجلس اعني انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لا يجوز التاخر في
المجلس ومن راى ان هذا اللفظ لا يصلح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور
قال ان تاخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى
لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكي عن ابي ثور انه اجاز فيه

الخيار

الخيار واختلف في المذهب في التاخر الذي يغلب عليه المتصارفان او احدهما مرة فقيل فيه
انه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك وفي تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا
ذكرها في هذا الكتاب المسالة الرابعة اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم
بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فاراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت
دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم
على صرف دينار انتقض منه دينار اخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهي الى صرف
دينار قال وان رضي بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء وقال ابو حنيفة لا يبطل
الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا ان تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان
ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري اذا رد الزيوف كان مخيرا ان شاء ابدلها او يكون
شريكا له بمقدار ذلك في الدنانير اعني لصاحب الدنانير وقال احمد لا يبطل الصرف بالرد
قليلا كان او كثيرا وابن وهب من اصحاب مالك يجيز البدل في الصرف وهو مبني على ان
الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تاثير ولا سيما في البعض وهو احسن وعن الشافعي
في بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار في هذه المسالة اربعة
اقوال قول بابطال الصرف مطلقا عند الرد وقول باثبات الصرف ووجوب البدل وقول
بالفرق بين القليل والكثير وقول بالتخيير بين بدل الزائف او يكون شريكا له وسبب
هذا كله هل الغلبة على التاخير في الصرف مؤثرة في القليل او في الكثير واما وجود
النقصان فلا خ في المذهب اضطرابا فيه مرة قال فيه انه ان رضي بالنقصان جاز الصرف
وان طلب البدل وان رضي به وهو ضعيف واختلفوا ايضا اذا قبض بعض الصرف
وتاخر بعضه اعني الصرف المتفق على التناجز فقيل يبطل الصرف كله وبه
قال الشافعي وقيل يبطل منه المتاخر فقط وبه قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف
والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل
تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط المسالة الخامسة اجمع العلماء على
ان المراطلة جائزة في الذهب بالذهب والفضة بالفضة وان اختلف العدد

لاتفاق الوزن وذلك اذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين
احدهما ان تختلف صفة الذهبين والثاني ان ينقص احد الذهبين على الاخر فيريد الاخر
ان يزيد بذلك عرضا او دراهم ان كانت المراطلة بدراهم ومن ذهب فلذلك اشياء الموضع الاول
وهو ان تختلف جنس المراطلة بما في الجودة والرداءة انه متى راطل احدهما بصنف
من الذهب واحد واخرج الاخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والاخر
اردى جاز ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعني الذي اخرجه وحده اجود
من الذهبين المختلفين الذين احدهما اجود والاخر ادنى منهما معا او مثل احدهما و
اجود من الثاني او ادنى جازت المراطلة وقال الشافعي اذا اختلف الذهبان فلا
يجوز ذلك وقال ابو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين تجوز جميع ذلك وعمدة
مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه
يتهم ان يكون المراطلة انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه اعطاه جزءا
من الوسط بالكثير منه من الاردى وباقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع
الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا لو قال لاخر خذ مني خمسة و
عشرين مثقالا وسطا بعشرين من الاعلى فقال له هذا لا يجوز لنا ولكن اعطيك
عشرين من الاعلى وعشرة ادنى من ذهبك وتعطي انت ثلاثين من الوسط
فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل الخمسة والعشرين
من ذهبك الوسط العشرين من ذهب الاعلى لم يجز وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل
الموجود في القيمة وعمدة ابي حنيفة اعتبار وجود الوزن بين الذهبين ورد القول
بسد الذرائع ويمثل اختلافهم في المطارقة التي تكون بالعدد اعني اذا اختلفت
جودة الذهبين او الادنى بعدها واما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد
احدهما ان يزيد شيئا اخر من غير الجنس او من الارش فيه وقريب من هذا
الاختلاف مثل ان يراطل صاحبه ذهبا بذهب فينقص احد الذهبين عن
الاخر فيريد الذي نقص ذهبه ان يعطي عوض الناقص دراهم او عرضا فقال مالك

والشافعي

والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة واجاز ذلك كله ابو حنيفة
والكوفيون وعمدة الحنفية تقوي وجود المماثلة بين الذهبين وبقاء الفضل
مقابل العوض وعمدة مالك التهمة في ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا
وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل او الوزن او العدد الذي بالفصل ومثل هذا
يختلفون اذا كانت المطارقة انتهى المسالة السادسة واختلف في الرجلين
يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللاخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي
في الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا وقال ابو حنيفة يجوز في الحال
وغير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز حلا او لم تحلا وحجة من لم يجزه انه
لا يجوز غائب بناجز واذا لم يجز غائب بناجز كان احرى الا يجوز غائب بغائب واما مالك
فلاعتبار حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين
معا لئلا يكون ذلك من باب بيع الدين بالدين ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن
كنانة من اصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما
اذا دفع احدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس
فيتقابضا قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعي وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من
المالكيين واستخف من الكراهة الواحد عن اذا كان احدهما هو المستقرض فقط
وقال زفر لا يجوز ذلك الا ان يكون من كل واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل
يكون له على الرجل دراهم الى اجل هل يأخذ منه اذا حل الاجل ذهبا او بالعكس
فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه
اجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالا
او لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من اجاز ذلك حديث ابن عمر
قال كنت ابيع الابل بالبقيع ابيع بالدنانير وآخذ الدراهم وابيع بالدراهم
وآخذ الدنانير فسالت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا باس به

إذا كان بسعر يومه خرجه أبو داود وحجة مالك في تجويزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره
ولا تبيعوا منها غائبا بناجز. المسألة السابعة واختلف في البيع والصرف
فمذهب مالك فيما قيل أنه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه وسواء
كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز
كيفما وقع وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فإن كانا
معا مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لأنه ليس
في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا غرر. كتاب السلم وفي هذا الباب ثلاثة أبواب
الباب الأول في محله وشروطه. الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه
بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير
الباب الثالث في اختلافهما في السلم. الباب الأول أما محله فإنهم أجمعوا
على جوازه في كل ما يكال ويوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال
قدم النبي عليه الصلاة والسلام وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف فليسلف في ثمن معلوم إلى أجل معلوم
واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار وأما سائر
ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من
أهل الظاهر مصيرا إلى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض
التي تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط بالصفة مما
لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والأوزاعي
والليث إلى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة
والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر
في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روي عن ابن عباس أن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفقهاء بن الاول

وربما احتجوا

وربما احتجوا أيضا بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة فأخذ
البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة وحديث أبي رافع أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم
استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة فسبب اختلافهم شيئان
أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى والثاني تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة
أو لا يضبط فمن نظر إلى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس
قال لا ينضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم
في البيض والدر وأجازه مالك في العدد وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعي ومنعه
أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤوس والأكارع أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف
في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه
الشافعي وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة لا إحصاء الفروع
لأن ذلك غير منحصر وأما شروطه فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فأما
المجمع عليها فستة منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النسأ وامتناعه
فيما لا يجوز فيه النسأ وذلك إما اتفاق المنافع على رأي مالك وإما اتفاق
الجنس على رأي أبي حنيفة وإما اعتبار الطعم مع الجنس على رأي الشافعي
في علة النسأ ومنها أن يكون مقدرا إما بالكيل أو الوزن أو العدد إن كان مما
شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبطا بالصفة إذا كان مما المقصود منه الصفة
ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا
بعيدا لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين
والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة وما
شاكلها فأجاز مالك اشتراط تأخيره اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره

بالشرط وذهب ابو حنيفة والشافعي الى ان من شرطه ان يكون النقد في المجلس
كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا في اربعة احدها الاجل هل هو شرط
فيه ام لا والثاني هل من شرطه ان يكون جنس المسلم فيه موجودا في حال عقد السلم
ام لا والثالث اشتراط مكان دفع المسلم فيه والرابع ان يكون الثمن مقدرا اما مكيلا
واما موزونا واما معدودا والا يكون جزافا اما الاجل فان ابا حنيفة هو عنده
شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك واما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه
من شرط السلم وقد قيل انه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال
واما اللخمي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم
حال وهو الذي يكون ممن شانه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذي يكون
ممن ليس شانه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث
ابن عباس والثاني انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما عند البائع
المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو اجوز لانه اقل غررا وربما
استدل الشافعي بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من اعرابي بوسق
تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرا فاعطاه
اياه قال فهذا هو الشراء بثمن حال في الذمة ولمالك ان يقول ليس من معنى ان السلم انما
جوز لموضع الارتفاق لان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم
فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى فتلعوا
في الاجل في موضعين احدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف
والحصاد والموسم والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره
من الايام ان المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضي ببلد المسلم فيه وضرب يقتضي
بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم
ان المعتبر في ذلك اجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوما او نحوها
وروى

وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا باس به الى
اليوم الواحد واما ما يقتضي ببلد اخر فان الاجل عنده فيه هو قطع المسافة
التي بين البلدين قلت او كثرت وقال ابو حنيفة لا يكون اقل من ثلاثة ايام
فمن جعل الاجل شرطا غير معلل اشترط فيه اقل ما ينطلق عليه الاسم ومن
جعله شرطا معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق
غالبا واما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما اشبه ذلك فاجازه مالك ومنعه
ابو حنيفة والشافعي فمن راى ان الاختلاف الذي يكون في امثال هذه الآجال يسيرا
د ة اجازه اذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع وشبهه بالذي يكون في الشهور من قبل الزيادة
والنقصان ومن راى انه كثير وانه اكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان
الشهور وكمالها لم يجزه واما اختلافهم في هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم
فيه موجودا حين عقد السلم فان مالكا والشافعي واحمد واسحق وابا ثور
لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه وقال ابو حنيفة واصحابه
والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في ابان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان
ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في الثمر السنة والسنتين
والثلاث فاقروا على ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روي من حديث ابن عمر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم راوا
ان الغرر يكون فيه اكثر اذا لم يكن موجودا في حال العقد وكانه يشبه بيع ما لم
يخلق اكثر وان كان ذلك معتبرا في الذمة ولهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق
مان واما الشرط الثالث وهو مكان القبض فان ابا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان
ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضي ابو محمد الافضل اشتراطه وقال
ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك واما الشرط الرابع وهو ان يكون الثمن مقدرا مكيلا
او موزونا او معدودا لا جزافا فاشترط ذلك ابو حنيفة ولم يشترطه الشافعي
ولا صاحبا ابي حنيفة ابو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص

إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي
أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن
فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد فإن لم يمكن
فيه التقدير انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان
أنواعا مختلفة أو مع ترك ذكره إن كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة
وأنه لا يكون في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة وكأنه رآها
مثل الذمة الباب الثالث وفي هذا الباب فروع كثيرة ولكن نذكر منها المشهور
مسألة اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمار فلما حل الأجل تعذر
تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور إذا وقع ذلك كان
المسلم بالخيار فيه بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل وبه قال الشافعي
وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على
أصله وليس من شرط المسلم فيه ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك
ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال
سحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصبر إلى القابل واضطرب قول مالك
في هذا والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم
وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود
لا الذي يدخل اضطرارا مسألة اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان
الأجل من المسلم إليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون
بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وتمسك
أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره وأما مالك فإنه منع
بيع الشيء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين أحدهما إذا كان المسلم فيه طعاما
وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه
النص

النص في الحديث والثاني إذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز
أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ
المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك
أن هذا يدخله إما سلف وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال
السلم وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل وكذلك إن كان رأس مال المسلم
طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فإن كان
مثل طعامه في الكيل والجنس والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لأنه حمله
على القرض وكذلك يجوز أن يأخذ من الطعام المسلم طعاما من صفته وإن كان أقل جودة
لأنه عنده من باب البدل في الدنانير والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ
بمكيله شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك إلا أن يتأخر القبض لأنه يدخله النسيئة
بالربويات وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ من المسلم فيه عينا من جنسه جاز
ما لم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين نسيئة إذا كان مثله أو أقل وإن أخذ
دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير
صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم إليه
فيجوز بكل شيء يجوز فيه التبايع ما لم يكن طعاما لأنه يدخله بيع الطعام
قبل قبضه وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك ألا يدخلها زيادة ولا نقصان فإن
دخلها زيادة أو نقصان كانت بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني أنها
تفسد عنده بما تفسد به بيوع الآجال مثل أن يتذرع إلى بيع وسلف أو إلى ضع
وتعجل أو إلى بيع المسلم بما لا يجوز أو إلى بيع العين بما لا يجوز بيعه مثال ذلك
في دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل فأقاله على أن يأخذ البعض فأقاله من
البعض فإنه لا يجوز عنده لأنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف وذلك جائز عند
الشافعي وأبي حنيفة لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع مسألة

اختلف العلماء في المشتري برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة
ذريعة الى ان يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال ابو حنيفة واصحابه ومالك الا ان
عند ابي حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض
على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض
على ما فصلنا قبل بحسب مذهبه ومن العلماء من اجازه وبه قال الشافعي والثوري
وحجتهم ان في الاقالة قد ملك راس ماله فاذا ملكه جاز له ان يشتري به ما احب والذي
الدي بالمسلمين غير جائز قال واما حديث ابي سعيد فانه انما وقع النهي فيه قبل
الاقالة مسئلة اختلفوا اذا وقع المتاع في السلم فقال للبائع اقلني وانظرك
بالثمن الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك
في ذلك بمخافة ان يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع اخره عنه على ان يقيله فكان
ذلك من باب بيع الطعام الى اجل قبل ان يستوفى وقوم اعتلوا المنع ذلك انه
من باب فسخ الدين في الدين والذين راوه جائزا قالوا انه من باب المعروف والاحسان
الذي امر الله به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما صفقته اقال
الله عثرته يوم القيامة ومن انظر مسلما اظله الله يوم لا ظل الا ظله مسئلة
اجمع العلماء على انه اذا كان لرجل على رجل دراهم او دنانير الى اجل فعجلها
اليه قبل محل الاجل او بعده انه يلزمه واختلفوا في العروض الموجلة من السلم
وغيره فقال مالك والجمهور ان اتى بها قبل محل الاجل لم يلزم واحدا منهما وقال
الشافعي ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النضارة لزمه اخذه كالنحاس والحديد
وان كان مما يقصد منه النضارة كالفواكه لم يلزمه واما اذا اتى به بعد محل الاجل
فاختلف في ذلك اصحاب مالك فروي عنه انه يلزمه قبضه مثل ان يسلم
في قطائف الشتاء فياتيه بها في الصيف وقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك
وحجة الجمهور في انه لا يلزمه قبض العرض قبل محل الاجل من قبل انه
من ضمانه

من ضمانه الى الوقت المضروب الذي قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك
الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته انه راى
ان المقصود من العرض انما كان وقت الاجل لا غيره واما من اجاز ذلك في الوجهين
اعني بعد الاجل وقبله فشبهه بالدنانير والدراهم مسئلة اختلف العلماء فيمن
اسلم الى اخر او باع منه طعاما على مكيلة فاخبر البائع او المسلم اليه المشتري
بكيل الطعام هل للمشتري ان يقبضه منه دون ان يكيله وان يعمل في ذلك على
تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف
ان يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان انه انظره بالثمن
وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري
مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما كان ليس للمشتري
ان يبيعه الا بعد ان يكيله لم يكن له ان يقبضه الا بعد ان يكيله البائع له لانه لما كان
من شرط البيع الكيل كذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع والمشتري واختلفوا
اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل واختلفا في الكيل فقال الشافعي
القول قول المشتري وبه قال ابو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه
المشتري عند قبضه اياه وهذا مبني عنده على ان البيع يجوز بتصديقه الباب
الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم والمتبايعان في السلم اما ان يختلفا
في قدر الثمن او المثمون واما في جنسهما واما في الاجل واما في مكان قبض السلم
اما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان اتى بما يشبه والا فالقول
قول المسلم ان اتى ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه فالقياس ان يتحالفا
ويتفاسخا واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ
مثل ان يقول احدهما اسلمت في تمر ويقول الاخر في قمح واما اختلافهم في الاجل

فإن كان في حلوله فالقول قول المسلم إليه وإن كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم
إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مثل أن يدعي المسلم وقت إبان المسلم فيه ويدعي المسلم
إليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور
أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول
المسلم إليه وخالف سحنون في الوجه الأول فقال القول قول المسلم وإن ادعى الاتفاق
في موضع العقد وخالفه أبو الفرج في الموضع الثاني فقال إذا لم يدع واحد منهما
موضع العقد تحالفا وتفاسخا وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين
قبل القبض وفيه تفريع كثير. كتاب بيع الخيار والنظر في أصول هذا الباب أما
الأول فهل يجوز أم لا وإن جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا ومن
ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح
وما يكون من الأفعال خيارا كالقول أما جواز الخيار فعليه الجمهور وعمدة الجمهور
حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روي من حديث ابن عمر المتبايعان
بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم في
البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب أو سنة ثابتة
أو إجماع قالوا وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح وإما أنه خاص لما شكا إليه
صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله
فيه إلا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ
آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وأما مدة الخيار فعند الذين قالوا بجوازه
فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وإنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى
اختبار المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين
في اختبار الثوب والجمعة والخمسة الأيام في اختبار الجارية والشهر ونحوه في
اختبار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختبار

المبيع

البيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار لأي مدة اشترطت وبه قال أبو داود
واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن
صالح وجماعة يجوز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا وقال مالك يجوز
الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعي
لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعي إن وقع
الخيار في الثلاثة الأيام جاز وإن مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعي هو
فاسد على كل حال فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار وهي هل يجوز
مطلقا أو مقيدا وإن جاز مقيدا فكم مقداره وإن لم يجز مطلقا فهل من شرطه ذلك
ألا يقع الخيار في الثلاثة أم لا يجوز وإن وقع في الثلاث وأما دليلهم فإن عمدة مالك
في الخيار هو ما قلناه وأما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثا فهو أن الأصل أن لا يجوز
فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان وذلك كسائر الرخص
المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وفي
حد تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو
بالخيار ثلاثة أيام وأما حديث منقذ فما أسنده عن ابن عمر أنه ذكر في التكملة ما رواه
محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ
وكان يخدع في البيوع إذا بعت فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثا وأما عمدة أصحاب
مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع وإذا كان ذلك كذلك وجب
أن يكون محدودا بزمان إمكان اختبار المبيع وذلك يختلف بحسب المبيع فكان
النص إنما ورد منبها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد
به العام وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص وأما اشتراط النقد
فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عنده بين السلف والبيع وفيه ضعف
وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه

والليث والاوزاعي مصيبته من البائع والمشتري اسيين وسواء كان الخيار لهما او
لاحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه
وان كان قد هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب
عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال ابو حنيفة
ان كان شرط الخيار لكليهما او للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه
واما ان كان شرطه للمشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك
المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي
معلقا حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه ان على المشتري الثمن وهذا يدل على انه قد
عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان اشهرهما ان الضمان من المشتري لايهما
كان الخيار وعمدة من راى ان الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم
ينتقل الملك عن البائع على كل كما لو قال بعتك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة
من راى انه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لانه قياس موضع الخلاف
على موضع الاتفاق واما من راى ان ينتقل الضمان لمشترط الخيار اذا اشترطه احدهما
ولم يشترطه الثاني فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه
وان كان المشتري هو المشترط له فقد خرج عن البائع عن ملكه وابانه فوجب
ان يدخل في ملك المشتري اذا كان المشتري هو الذي اشترطه فقط فانه قد خرج
عن ملك البائع لانه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل في ملك المشتري لانه شرط
الخيار في دخوله ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من احدهما
والخلاف آيل الى اهل الخيار مشترط لايقاع الفسخ في المبيع او لتتميم المبيع
اذا قلنا بفسخ فقد خرج من ضمان البائع واذا قلنا بتتميمه فهو في ضمانه
واما المسالة الخامسة وهي هل يورث خيار المبيع ام لا فان مالكا
والشافعي واصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته

من الخيار

من الخيار مثل ما كان له وقال ابو حنيفة واصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار
ويتم البيع وهذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة
وسلم لهم ابو حنيفة خيار الرد بالعيب اعني انه قال يورث وكذلك خيار استحقاق
الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مسلمة خيار رد
الاب ما وهب لابنه اعني لم يورثه الميت من الخيار في رد ما وهب لابنه
ما جعل له الشرع هنا اذ لا اعني للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى
خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل جعلت اخي طلاق امراتي متى شئت فيموت الرجل المجعول
له الخيار فان ورثته لا يقومون منزلته عند مالك وسلم الشافعي ما سلمت المالكية
للحنفية من هذه الخيارات وسلم زيدا خيار الاقالة والقبول فقال لا يورثان
وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان يورث الحقوق والاموال الا ما قام
دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان
تورث الاموال دون الحقوق الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف
هل الاصل هو ان تورث الحقوق كالاموال ام لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا
ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية
تحتج على ابي حنيفة بتسليمه توريث خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التي
يورثها به والحنفية تحتج ايضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل
واحد منهم يروم ان يعطي فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه
قوله ويروم في قول خصمه بالضد اعني ان يعطي فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ويعطي
اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب في رد
هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة للاب لا توجد في غيره وهي الابوة فوجب

لا يورث إلا أن صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعني أنه من
انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي
الخيار لم يورثه وأما المسألة السادسة وهي من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة
خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع
صحيح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز
الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل
قول مالك وبقول مالك قال أبو حنيفة واتفق المذهب أن الخيار للأجنبي إذا جعله
له المتبايعان أن قوله لازم لهما واختلف المذهب إذا جعله أحدهما
فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار
فقيل القول في الإمضاء والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري
وقيل عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع
والمشتري أي أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي وقول الأجنبي
دون المشتري إن كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما
الإمضاء وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبي الإمضاء ووافقه المشتري فالقول
قول المشتري وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبي المشتري فالقول فيها قول من
أراد الإمضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق فيما بين البائع والمشتري
أي إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما وإن اشترطه المشتري
فالقول قول من أراد الإمضاء منهما وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي
وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار
ما لا يجوز مثل أن يشترط أجلا مجهولا أو خيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز

الخيار فوق

الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع أعني أجنبيا فقال مالك والشافعي
لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع إسقاط الشرط
وأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أو لا
يتعدى وإنما يقع في الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل وإن أسقطه ومن قال
لا يتعدى قال البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يعود العقد صحيحا تم
كتاب بيع الخيار بحمد الله وحسن عونه كتاب بيع المرابحة أجمع العلماء على
أن البيع صنفان مساومة ومرابحة وأن المرابحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي
اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو للدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة
في موضعين أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة
بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال والموضع الثاني إذا كذب المشتري
في الثمن أو وهم أنه اشترى بأكثر مما اشترى به السلعة أو وهم فأخبر بأقل مما
اشترى به السلعة ثم ظهر أنه اشترى بأكثر فينحصر هذا الكتاب بحسب اختلاف
فقهاء الأمصار في بابين الباب الأول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وصفة
رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح الباب الثاني في حكم ما وقع من الزيادة و
النقصان في خبر البائع بالثمن الباب الأول فيما يعد من الثمن مما لا يعد فأما تحصيل
مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام
قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له
حظ من الربح وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فأما الذي
يحسب في رأس المال ويجعل له حظ من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل
الخياطة والصبغ وأما الذي يحسب في رأس المال ولا يجعل له حظ من الربح فما لا يؤثر
في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد
وكراء البيوت التي يوضع فيها وأما ما لا يحتسب فيه الأمرين جميعا فما ليس له
تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة

والشحن والطي وقال ابو حنيفة يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال والشحن
ابو ثور لا يجوز المرابحة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل و
يفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتي بكذا وكذا وليس
الامر على ذلك وهو عنده من باب الغش واما صفة راس الثمن الذي يجوز ان يخبره
فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف قد تغير الى زيادة
انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لانه من باب الكذب والخيانة
وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف اصحاب
مالك من هذا الباب فيمن اشترى سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة
ام لا يجوز واذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض او بالعرض نفسه فقال ابن
القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال
اشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه
بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده
واختلف مالك وابو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فاخذ البايع في الدنانير عـ وضا
او دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد ام لا يجوز فقال مالك لا يجوز
الا ان يعلم بما نقد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي
ابتاع بها السلعة دون العروض التي اعطى فيها والدراهم وقال مالك ايضا فيمن
اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الاوزاعي
ان وقع لزم المشتري مثل الاجل وقال ابو ثور هو كالعيب وله الرد وفي هذا
الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه الباب الثاني واختلفوا فيمن
ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره البايع ثم ظهر بعد ذلك اما باقرار او ببينة ان
الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار اما ان يا خذ
بالثمن الذي صح او يترك اذا لم يلزمه البايع اخذها بالثمن الذي صح وان الزمه لزم
وقال ابو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن
الذي

الذي ان الزمه البايع لزمه وقال الثوري وابن ابي ليلى واحمد وجماعة بل يبقى
البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار
مطلقا والقول باللزوم بعد الحط فحجة من اوجب البيع بعد الحط ان المشتري
انما رضي على ما ابتاع السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب
ان يرجع الى الذي ظهر كما لو اخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه
يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من راى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه
المسالة بالعيب اعني انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب واما
اذا فاتت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما
وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض او يوم البيع على خلاف
عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع او اقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وان
كانت القيمة اقل خير البايع بين رده للمشتري القيمة او رده الثمن او
امضايه السلعة بالثمن الذي صح واما اذا باع الرجل سلعة مرابحة ثم اقام
البينة ان ثمنها اكثر مما ذكر وانه وهم في ذلك وهي عكس هذه فقال الشافعي
لا يسمع من تلك البينة لانه اكذبها وقال مالك يسمع منها ويخير المبتاع
على ذلك الثمن وهذا ضعيف لانه بيع اخر وقال مالك في هذه المسالة اذا فاتت
السلعة ان المبتاع يخير بين ان يعطي قيمة السلعة يوم قبضها وان
ياخذها بالثمن الذي صح فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب ومعرفة
احكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة احكام ثلاث مسائل وما
تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة و جود
العيب فاما حكم الكذب فقد تقدم واما حكم مسئلة الرد بالعيب فهو حكمه
في العيب المطلق واما حكم الغش عنده فهو تخيير المبتاع مطلقا وليس
للبايع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسئلة
الكذب هذا عند ابن القاسم واما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم

قسمين قسم يؤثر في التهمة وقسم غير مؤثر فاما غير المؤثر فلا حكم عنده
فيه واما المؤثر فحكمه حكم الكذب واما التي تتركب فهي اربعة مسائل
كذب وغش وكذب وتدليس بعيب واصل مذهب ابن القاسم فيها انه ياخذ
بالذي يغلب حكمه ان كان فيه حكم احدهما او بالذي هو ارجح ان لم يغلب حكم
احدهما اما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع
وتفصيل هذا الباب يختلف الفروع على مذهب ابن القاسم وغيره
انتهى القول والحمد لله

كتاب العرية

اختلف الفقهاء في معنى
العرية والرخصة التي اتت فيها في السنة فحكى القاضي ابو محمد عبد الوهاب
المالكي ان العرية في مذهب مالك ان يهب الرجل ثمر نخلة او نخلات من
حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا
على شروط اربعة احدها ان تزهى والثاني ان تكون خمسة اوسق فما دون
فان زادت فلا يجوز والثالث ان يعطيه التمر الذي اشتراها به عند الجداد
فان اعطاه نقدا لم يجز والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العرية
ونوعها وعلى مذهب مالك الرخصة في العرية انما هي في حق المعري، والرخصة
فيها انما هي استثناؤها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر للجهل
الذي ورد النهي عنه ومن صفة الربا ايضا اعني التفاضل والنساء، وذلك
انه بيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع
الجنس متفاضلا وهو ايضا تمر بتمر الى اجل فهذا هو مذهب مالك فيما
هي العرية وما هي الرخصة فيها واما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة
عنده فيها ليست للمعري، وانما هي لكل احد من الناس اراد ان يشتري
هذا القدر من التمر اعني الخمسة الاوسق او ما دون ذلك بتمر مثلها
ويرى ان الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس
ان ياكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا ثمن يشتري به الرطب

والشافعي

والشافعي يشترط في اعطاء التمر الذي تباع به العرية ان يكون نقدا ويقول
ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية عند مالك جائزة في كل ما ييبس ويدخر
وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة
الاوسق عند مالك والشافعي وعنهما او روي عنهما المنع والاشهر عن مالك الجواز
فالشافعي يخالف مالكا في العرية في اربعة مواضع احدها سبب الرخصة كما
قلنا والثاني ان العرية التي رخص فيها ليست هبة على التحديد والثالث
في اشتراطه النقد عند البيع والرابع في محلها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب
وعند مالك في كل ما يدخر وييبس واما احمد بن حنبل فوافق مالكا في ان العرية
عنده هي الهبة ويخالفه في ان الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب اعني المعرى
له لا للمعري، وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعري
خاصة كما ذهب اليه مالك واما ابو حنيفة فوافق مالكا في ان العرية هي
الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك ان الرخصة فيها عنده ليست هي من
باب استثنائها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع وانما الرخصة عنده فيها
من باب رجوع الواهب في هبته اذا كان الموهوب له لم يقبضها عنده بيع
وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو ان يعطى بدلها تمرا بخرصها
وعمدة مذهب مالك في العرية انها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة
عندهم بالمدينة قالوا واصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق
عليه دخول الموهوب له فابيح له ان يشتريها بخرصها تمرا عند الجداد ومن
الحجة له في ان الرخصة انما هي للمعري في حديث سهل بن ابي حثمة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر الا انه رخص في العرية ان تباع بخرصها
يأكلها اهلها رطبا قالوا فقوله يأكلها اهلها رطبا دليل على ان ذلك خاص
بمعريها لانه في كلامهم هذا القول اهلها ويمكن ان يقال ان اهلها هم الذين
اشتروها كائنا من كان لكن قوله رطبا هو تعليل لا يناسب المعري، وعلى
مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا ثمن يشترون به

به ولذلك كانت هذه الرخصة للشافعي واما ان العرية عنده هي الهبة فالدليل على
ذلك من اللغة فان اهل اللغة قالوا العرية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك
فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها ماخوذة من عروت الرجل اعروه اذا سالته
ومنه قوله تعالى واطعموا القانع والمعتر واما اشتراطه ان يعطي التمر عند الجذاذ
اعني تاخيره الى ذلك الوقت لانه مر وروده في الشرع بخرصها فكان من سنتها ان يتاجل
الى الجذاذ اصله الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده
انه اذا انتقض بعد تمام العقد تعجيل التمر جاز واما اشتراطه جوازها في الخمسة
الاوسق او فيما دونها فلما رواه عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق وانما كان عن مالك
في الخمسة الاوسق روايتان للشك الواقع في هذا الحديث من الراوي واما اشتراطه
ان يكون من ذلك الصنف بعينه اذا ايبس فلما روي عن زيد بن ثابت ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها تمرا خرجه مسلم
واما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن ابي حثمة عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه اذن لهم
وقوله فيه ياكلها اهلها رطبا والعرية عندهم اسم لما دون الخمسة الاوسق
من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم ان يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا
القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقة في القدر للهبة وقوى الشافعي الله
لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد انه قال لرجل من اصحاب رسول
صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره ما عراياكم هذه فقال فسمى
رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى النبي صلى الله عليه وسلم ان الرطب
ياتي وليس بايديهم نقد يبتاعون به الرطب فياكلون مع الناس وعندهم
فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر
الذي بايديهم ياكلونها رطبا وانما لم يجز تاخير نقد الثمن لانه بيع الطعام
بالطعام نسيئة واما احمد فعمدته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص

في العرايا

في العرايا ولم يخص المعري من غيره واما ابو حنيفة فلما لم يجز عنده المزابنة وكانت ان
جعلت بيعا نوعا من المزابنة راى انصرافها الى المعري ليسلم هو من باب البيع وانما
هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها وتسميته اياها بيعا عنده مجاز
وقد التجا الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم والدنانير
من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه هو سوى ذلك وقد قيل ان قول ابي حنيفة هذا
من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث في مواضع منها انه ليس
يسميها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا ومنها انه جاء في الحديث انه نهى عن
المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة
هي في البيع والعرية هبة ومنها انه سهل عليه ان يستثنيها من النهي عن الرجوع في الهبة
التي لم يقع فيها استثناء بنص وعسر عليه ان يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهي
المزابنة بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم
كتاب الاجارات والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع اعني ان اصوله
تنحصر بالنظر في انواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي احكامها وذلك في نوع نوع
منها اعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم اكثر من واحد منها فلنقسم الكتاب
تقسيما اولا الى قسمين القسم الاول في انواعها وشروط الصحة والفساد والثاني في معرفة قية
احكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر اولا ما في ذلك من الخلاف ثم
نصير الى ذكر ما في هذين القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر
المسائل التي تجري من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف
بين فقهاء الامصار ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول
وحكي عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى اني اريد ان انكحك احدى
ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج الاية وقوله فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
ومن السنة الثابتة ما خرجه البخاري عن عائشة قالت استاجر رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابو بكر رجلا من بني الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا

فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال فاتاهما براحلتيهما وحديث
جابر انه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وما جاز
استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجارة وشبهة من منع ذلك ان المعقود عليه
انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع
في وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت
معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع انما يجوز منها ما يستوفى في
الغالب او يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء. القسم الثاني وهذا
القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التي يكون مقابلها وصفتهما اما
الثمن فينبغي ان يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك في باب البيوع واما المنفعة
فينبغي ان تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها
واختلفوا فيها فاجمعوا على ابطال اجارة كل منفعة كانت لشيء محرم العين و
كذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا
على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط
واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي الاجارات على تعليم القرآن
وفي اجارة نزو الفحول فاما كراء الارضين فاختلفوا فيه اختلافا كثيرا فقوم لم
يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاوس وابو بكر بن عبد الرحمن وقال
الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز
كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب
وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شيء ما عدا الطعام وسواء كان ذلك الطعام
خارجا منها او لم يكن وما عدا ما ينبت فيها كان طعاما او غيره والى هذا
ذهب مالك واكثر اصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا الطعام
فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما
لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله

وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم
يجوز بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وابو يوسف
ومحمد صاحبا ابي حنيفة وابن ابي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها
ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ما رواه مالك من
تخصيص الراوي له حين روى عنه قال حنظلة فسالت رافع بن خديج عن كرائها
بالذهب والورق فقال لا باس به وروى هذا المعنى عن ابن عمر واخذ بعمومه
وقال ابن عمر يكري ارضه فترك ذلك وهذا بناء على رأي من رأى انه لا يخصص
العموم بقول الراوي وروي عن رافع بن خديج عن ابيه انه نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارض قال ابو عمر بن عبد البر واحتجوا بحديث
ضمرة عن ابن شوذب عن مطر عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها ولا يؤاجرها
فهذه هي جملة الاحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الارض قالوا وايضا
من جهة المعنى انه لا يجوز كراؤها لما في ذلك من الغرر لانه ممكن ان يصيب الزرع
جائحة من نار او قحط او غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير ان ينتفع من ذلك
بشيء قلت ويشبه ان يقال في هذا المعنى في ذلك الوقت لخصوص الناس بالكثرة
وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما اصل الخلقة
واما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن
عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
انما يزرع ثلاثة رجل له ارض فهو يزرعها ورجل منح ارضا فهو يزرع ما منح
منها ورجل اكترى بذهب او فضة قالوا فلا يجوز ان يتعدى ما في الحديث الآخر
مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز

كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها لانه كراء منفعة
معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجارة سائر المنافع وكان هولاء
ضعفوا احاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع انهم
قالوا اكثر رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب ان يحمل عليه سائرها
قالوا قال كنا اكثر اهل المدينة حقلا وكان احدنا يكري ارضه ويقول هذه القطعة
لي وهذه لك وربما اخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم
خرجه البخاري واما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فحجته النهي والآثار
اما الاثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما روي ايضا من حديث رافع بن خديج
عن ظهير بن رافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان بنا رافقا قلت
ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلت نواجرها على الربع وعلى الاوسق من التمر
والشعير فقال صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها او ازرعوها او امسكوها
وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم واما من اجاز كراءها
بما يخرج منها فحجته حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى
يهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها من اموالهم على نصف ما تخرجه الارض
والثمرة قالوا وهذا الحديث اولى من احاديث رافع لانها مضطربة المتون وان صحت
احاديث رافع حملناها على الكراهة لا على الحظر بدليل ما خرجه البخاري ومسلم
عن ابن عباس انه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال ان يمنح
احدكم اخاه خير له من ان ياخذ منه شيئا قالوا وقد عمل معاذ بن جبل باليمن
حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف ما جاء في هذا واما كسب
الحجام فذهب قوم الى تحريمه وقال الجمهور ذلك اخرون فقالوا كسبه ردي يكره للرجل
وقال اخرون بل هو مباح والسبب في اختلافهم تعارض الاثار في هذا الباب فمن راى

انه حرام

389

انه حرام احتج بما روي عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب
الحجام حرام وروي عن عون بن ابي جحيفة قال اشترى ابي حجاما فكسر محاجمه
فقلت يا ابت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم
واما من راى اباحته فلم ذلك فاحتج بما روي عن ابن عباس قال احتجم رسول الله
صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجرته قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا ابا طيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال
ثلاثة اصع فوضع عنه صاعا وعنه ايضا انه امر للحجام بصاع وامر مواليه ان
يخففوا عنه واما الذين قالوا بكراهته فاحتجوا بما روي ابن رفاعة بن رافع او رافع
بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
كسب الحجام وامرنا ان نطعمه ناضحنا وبما روي عن رجل من بني حارثة كان له
حجام فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم
عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلف
كسبه ناضحك واطعمه رقيقك واما اجارة المؤذن فان قوما لم يروا بذلك باسا
وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روي عن عثمان بن ابي العاصي
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجرا
والذين اباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف
اعني هل هو واجب او ليس بواجب واما الاستيجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا
ايضا فيه فكرهه قوم واجازه اخرون والذين اجازوه قاسوه على سائر الافعال
واحتجوا بما روي عن خارجة بن الصلت عن عمه قال اقبلنا من عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاتينا على حي من احياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا
الحبر بخير فهل عندكم دواء او رقية فان عندنا معتوها في القيود فقلنا نعم
فجاءوا به فجعلت اقرا عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة ايام غدوة وعشية

اجمع بصاقي ثم اتفل فكأنما انشط من عقال فاعطوني جعلا فقلت لا حتى اسأل
النبي صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمري لمن اكل برقية باطل لقد اكلت
برقية حق وبما روي عن ابي سعيد الخدري ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
كانوا في غزوة فمروا بحي من احياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحي قد لدغ
او عرض له فقال رجل منهم نعم فرقاه بفاتحة الكتاب فبرأ فاعطي قطيعا من الغنم فابى ان يقبله
فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته فقال بفاتحة الكتاب
قال وما يدريك انها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا لي
معكم فيها بسهم واما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب
الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور في الاثر على تعليم القرآن
وانما كان على الرقى وسواء كانت الرقى بالقرآن او بغيره الاستئجار عليه عندنا جائز
كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس قالوا واما تعليم القرآن فهو واجب
على الناس واما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فاجاز مالك ان يكري
الرجل فحله على ان ينزو اعواما معلومة ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعي وحجة
من لم يجز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل ومن اجازه شبهه بسائر المنافع
وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو ايضا من هذا
الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استئجار
المنفعة ان تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا طعام
لتزيين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيمة على انفرادها وهو لا يجوز عند
مالك ولا عند الشافعي ومن هذا المذهب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير
وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا تصح اجارة هذا الجنس وهو
قرضه وقال ابو بكر الابهري وغيره من زعم ان ذلك يصح وتلزم الاجارة فيه وانما منع
من منع اجارة هذا لانه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن اجاز اجارتها

تصور فيها منفعة مثل ان يتجمل بها او يتكثر او غير ذلك مما يمكن ان يتصور في هذا
الباب جوزه فهذه مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة واما مسائل
الخلاف المتعلقة بما يجوز ان يكون ثمنا في البيع منه ومالا يجوز وما ورد النهي فيه من هذا
الباب ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وكسب الفحل وكسب
الحجام وقفيز الطحان فاما الحجام فقد مضى ومعنى نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان
هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه
وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي مما لا تشبه ان
تكون دينا على الذمة ووافق الشافعي على هذا وقال اصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد
والطحان بالنخالة او بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان
وهذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم واجرة الطحان
ذلك الجزء هو معلوم ايضا واختلفوا من هذا في اجارة دار بسكنى دار اخرى فاجاز ذلك
مالك ومنعه ابو حنيفة ولعله رآه من باب بيع الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه
مشهورات مسائلهم في ذلك ان الجمهور فقهاء الامصار مالك وابا حنيفة والشافعي
اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة ان يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر
وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها
غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة
الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل فـ
ذهب اهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارات المجهولات مثل ان يعطي
الرجل حماره لمن يسقي عليه او يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة
بيع فيمتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات واحتج الفريق الثاني
بقياس الاجارة على القراض والمساقات والجمهور على ان القراض والمساقات
مستثنيان بالسنة فلا قياس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعي
على انه اذا ضرب للمنفعة التي ليس لها غاية امدا من الزمان محدودا وحدد اول

ذلك الامر وكان اوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا شرع في اول زمان
او ضرب اولا ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا ضرب الى مدة ولم يضرب اوله مثل
ان يقول له استاجرت منك هذه الدار سنة بكذا او شهرا بكذا ولا يذكر اول ذلك الشهر
ولا اول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون اول الوقت عنده من وقت عقد الاجارة
فمنعه الشافعي لانه غرر واجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان
اول العقد متراخيا عن العقد واجازه مالك واختلف قول اصحابه في استيجار الارض غير
المامونة التنقيد في مقدار الزمان الذي تغرر به هذه المنافع مثل الارضين ذلك للسنين
الكثيرة مثل ان يكري الدار لعشرة اعوام او اكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال
الشافعي لا يجوز ذلك الا لعام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون
في ارض المطر والسقي بالعيون وارض السقي بالابار والانهار فاجاز ابن القاسم
فيها الكراء للسنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في ارض
المطر الا العام الواحد واما ارض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا الثلاثة اعوام
او الاربعة واما ارض الانهار والابار فلا يجوز الا العشرة اعوام فقط فاذا الاختلاف
ها هنا في الثلاثة مواضع في تحديد اول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد
وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقل
المدة مثل ان يقول اكتري منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضرب لذلك امدا معلوما
فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك واصحابه يجوز على قياس انه يلزم من هذه
العبرة لا يجوز وقال مالك واصحابه يجوز بحسب القيمة بينهم وهذا لا يجوز
عنده وسبب الخلاف ان اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر
المعفو عنه او المنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة اجازه مالك
ومنعه الشافعي وابو حنيفة ولم يجز مالك ان يفترق بالبيع الا الاجارة
فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة
وقال ابو حنيفة لا يجوز لان عنده ان الانتفاع بالمنافع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي

ان الانتفاع

397

ان الانتفاع بها ممكن كانتفاع المكري بها مع شريكه اعني رب المال ومن هذا الباب
استيجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق
واجاز ذلك مالك على الاطلاق اعني في كل اجير واجاز ذلك ابو حنيفة في الظئر
فقط وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة ام ليست مجهولة فهذه هي شروط
الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون واما انواع الاجارة فان العلماء اتفقوا على ان
الاجارة على ضربين اجارة منافع اعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا
على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الروية
او الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عندهم ذكر الجنس والنوع وذلك
في الشي الذي يستوفى منافعه وفي الشي الذي يستوفى به منافعه فلا بد من وصف
المركوب مثلا والحمل الذي يستوفى به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لا يحتاج ان
يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استاجر الراعي
على غنم باعيانها ان من صحة الاجارة اشتراط الخلف وعند غيره تلزم في الجملة بغير
شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما ان من
شرط اجارة الارض غير المامونة السقي عنده ان لا يشترط فيها النقد الا بعد الري واختلفوا
في الكراء هل يدخل في انواعه الخيار ام لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين والكراء المضمون
والمعين وقال الشافعي لا يجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم
الاول من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر في محال هذا العقد واوصافه وانواعه
وهي الاشياء التي جرت من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كانت على
الشروط وهي الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر في الجزء الثاني
وهو احكام هذا العقد الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو النظر في احكام الاجارات واحكام
الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين الجملة الاولى في موجبات هذا
العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه والثانية في احكام الطوارئ وهذه

وهذه الجملة تنقسم في الأشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة موجبات الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف. الجملة الاولى ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء اذا اطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابي حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءا فجزءا بحسب ما يقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك او يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل ان يكون عرضا معينا او يكون كراء في الذمة وقال الشافعي يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك راى ان الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعي كانه راى تاخيره من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة او دارا او ما اشبه ذلك هل له ان يكري ذلك باكثر مما اكتراه فاجازه مالك والشافعي وجماعة قياسا على البيع ومنع ذلك ابو حنيفة واصحابه وعمدتهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه اعني المكري وايضا فانه من باب بيع ما لم يقبض واجاز ذلك بعض العلماء اذا احدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك الا اذا وقع بنوع الصفقة سفيان الثوري والجمهور راوا ان الاجارة في هذا شبيهة بالبيع ومنها ان يكري الدار من الذي اكراها منه فقال مالك يجوز وقال ابو حنيفة لا يجوز وكانهم راوا انه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب اكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى ارضا ليزرعها حنطة فاراد ان يزرعها شعيرا او ما ضرره مثل ضرر الحنطة او دونه فقال مالك ذلك له وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على ارباب الدور وروي عنه انه على المكتري وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم في هذا الفنادق التي يدخلها قوم ويخرج قوم فقال الكنس على ارباب الدار ومنها اختلاف اصحاب مالك في اصلاح الشيء من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه ام ليس يلزم ويحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزم وقال غيره من اصحابه يلزم ومسائل هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب. الجملة الثانية وهو

النظر

النظر في الاحكام. الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكي عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وابو ثور وغيرهم الى انه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها او ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال ابو حنيفة واصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستاجر مثل ان يكري دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه او يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى اوفوا بالعقود ولان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ اصله البيع وعمدة ابي حنيفة انه شبه ذهاب ما به يستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في عين مخصوصة على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب اصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين في الاجارة وانه ان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه او ذهابه بخلاف العين المستاجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستاجر على رعاية غنم باعيانها او خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد ~~بتلف المحل وقال~~ انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتاخرين ان ذلك في المذهب ليس باختلاف وانما ذلك على قسمين احدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع ما يقصد عينه او ما لا يقصد عينه فان كان مما يقصد عينه لم ينفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها او بيع ثياب في حانوت وما اشبه ذلك ابن القاسم في المدونة انه اذا استاجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا ان يشترط الخلف وهو التفات منه الى انها تنفسخ بذهاب محل الاستيفاء المعين لكن لما راى التلف سابقا الى الفسخ راى انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت احد المتعاقدين اعني المكري او المكتري فقال مالك والشافعي واحمد

[illegible]

واسحق وابو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال ابو حنيفة والثوري والليث ينفسخ
وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت احد المتعاقدين
اصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ذمة الى ذمة المكتراة
فوجب ان يبطل اصله البيع في العين المستاجرة مدة طويلة اعني انه لا يجوز فلما
كان لا يجتمع العقدان معا غلب هاهنا انتقال الملك والابقى الملك ليس له وارث
وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استباحة منافع
والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقالوا بان الاجرة عندهم
تستحق جزءا فجزءا بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات
المالك وبقيت الاجارة فان المستاجر يستوفي في ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير
ملك العاقد وذلك لا يجوز وان مات المستاجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته
والميت لا يثبت عليه دين بالاجماع بعد موته واما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان
استحقاق الاجرة عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك ان الارض المكتراة
اذا اغرقت فمنع الغرق من زراعتها او زرعها فلم ينبت الزرع لمكان الغرق ان الكراء
ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من
ان يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا تحط عنه من الكراء شيئا وعنده ان الكراء
الذي يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في ايام الحج
فغاب المكري عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء وان لم يكن الوقت مقصودا فانه
لا ينفسخ وهذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الاعيان فاما الكراء الذي يكون في الذمة
فانه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبضها المستاجر ليستوفي منها المنفعة
اذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الذمة وفروع
هذا الباب ايضا كثيرة واصوله هي هذه التي ذكرناها

الفصل الثاني

وهو النظر في الضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي او لمكان المصلحة وحفظ الاموال
فاما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق والخلاف انما هو في نوع التعدي

الذي يوجب

الذي يوجب ذلك او لا يوجبه وفي قدره فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكرى دابة
الى موضع ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء فقال الشافعي
واحمد عليه الكراء الذي التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التي تعدى
وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان ياخذ كراء دابته في المسافة التي تعدى او يضمن له قيمة
الدابة وقال ابو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعداة ولا خلاف انها ان تلفت في المسافة
المتعداة ولا خلاف انها ان تلفت فيها انه ضامن لها وعمدة الشافعي انه تعدى على
المنفعة فلزمه اجرة المثل اصله التعدي في سائر المنافع واما مالك فكانه لما حبس الدابة
عن اسواقها راى انه قد تعدى عليها بحبسه فيشبه الغاصب وفيه ضعف واما
مذهب ابي حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الاصول الشرعية واقرب الى الاصول في هذه
المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عثار الدابة ان كان عن عثور ابتداء من صاحب
الدابة يضمن به الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة واما
الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد لمكان المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم
ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استوجر عليه الا ان يتعدى ما عدا حامل
الطعام فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه
واما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا
في ذلك فقال مالك وابن ابي ليلى وابو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال ابو حنيفة
لا يضمن من عمل بغير اجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان
في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستاجر وقيل هو الذي ينتصب للناس
وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان
الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر او بغير اجر وبتضمين الصانع قال علي
وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع
بالمودع عنده والشريك والوكيل واجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى
المصلحة وسد الذريعة واما من فرق بين ان يعملوا باجرة او لا يعملوا فلان العامل
بغير اجر انما قبضه المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضه باجر

في المنفعة لكيلها فقلبت منفعة الغابة في اهله الغرض والعارية عند الشافعي وكذلك
ايضا ما لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه شهود ربيعة والاجير عند مالك لا يضمن كما قلنا
الا انه استحسن تضمين القوت وما يحتاج اليه وكذلك الحمال وما عدا ذلك فلا يضمن
الا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ
اشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط
وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوه في منازلهم واختلف اصحاب
مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم
الاجرة ام لا اذا كان هلاكه بعد تمام الصنعة او بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا اجرة
لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن المواز ان المصيبة انما نزلت بالمستاجر
فوجب ان لا يضيع عمل الصانع باطلا ووجه ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في
مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتعدي الاجير وقول ابن المواز اقيس وقول
ابن القاسم اكثر نظرا الى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب
اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان
الا من الموج واصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما اتى على ايديهم من خرق
او كسر في المصنوع او قطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعدا معه الا فيما كان
فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق
الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم
انه تعدى فيضمن حينئذ واما الطبيب وما اشبهه اذا اخطأ في فعله وكان
من اهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي
ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من اهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية
قيل في ماله وقيل على عاقلته الفصل الثالث وهو النظر في الاختلاف وفي هذا
الباب ايضا مسائل منها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة
الصنعة فقال ابو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن ابي ليلى القول
قول الصانع وسبب الخلاف من المدعي منهما على صاحبه والمدعى عليه ومنها

اذا ادعى

اذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وانكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع
وعلى الصانع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في ايديهم وقال ابن الماجشون القول
قول الصانع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرؤون
الا ببينة واذا اختلف الصناع ورب المتاع فالمشهور في المذهب ان القول قول
الصانع مع يمينه ان قام عن قرب ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك
اذا اختلف المكري والمكتري وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وان طال وهو
الاصل واذا اختلف المكري والمكتري او الاجير والمستاجر في مدة الزمان الذي وقع
فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على ان المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب
في ذلك فالمشهور في المذهب قول المكتري والمستاجر لانه الغارم والاصول على ان القول
قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكري والمستاجر اذا كانت العين
المستوفاة منها المنافع في قبضه مثل الدار وما اشبه ذلك واما ما لم يكن في قبضه
مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف
المتكاريين في الرواحل والاحمال وذلك ان اختلافهما لا يخلو ان يكون في قدر
المسافة او في نوعها او في قدر الكراء او في نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة
او في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال
ابن القاسم انتقدا او لم ينتقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انتقد وكان يشبه
ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب او بعد ركوب
يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير او بلوغ مسافة ادعى فيها
رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم
ينتقد واشبه قوله تحالفا وفسخ الكراء على اعظم المسافتين فما حصل منه
للمسافة التي ادعاها رب الدابة اعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان
اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكتري انتقد او لم ينتقد لانه مدع

عليه وان اختلفا في الامر فيه جعلا في المسافة والثمن مثل ان يقول المكتري بل بدينار الى اشبيلية
جاز ان كان ايضا قبل الركوب او قبل ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان
بعد سير كثير او بلوغ مسافة التي يدعيها رب الراحلة جاز ان كان لم ينقد المكتري شيئا
كان القول قول رب الراحلة في المسافة والقول قول المكتري في الثمن ويغرم من الثمن
ما يجب له ما في مسافة الى قرمونة على ان لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه اشبه
قول المكتري في الثمن الذي يدعي انه المسافة الكرى واشبه قول رب الراحلة في المسا فة
ويغرم له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع اليه شيء منه اذ هو مدعى عليه في قبضه وانفرد
يقول سل هو يجوز زيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط
عنه ما لم يغرم به من المسافة انتهى ما قاله اولى يشبه الا انه اذا لم يشبه قبل الكراء
الذي اتفق به المكتري على المسافة كلها فيما اخذ رب الراحلة من ذلك المسافة التي
ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الكتاب انتهى كتاب الجعل والجعل
هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم
على الحذاق والناشد على وجود العبد الابق فقد اختلف العلماء في جوازه فقال
مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين احدهما ان لا يضرب لذلك اجلا والثاني ان يكون
الثمن معلوما وقال ابو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان عمدة من اجاز قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم واجماع الجمهور على جوازه في الابق والضوال
وربما جاء في الاثر من اخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة
من منعه الغرر الذي فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك
ان الجعل لا يستحق شيء منه الا بتمام العمل وانه ليس بعقد لازم واختلف
مالك واصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل او اجارة
فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهب الى ان
حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من اصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى

حكمه

395

ضع

حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع
الذي وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه وفي محله وشروطه واحكامه وفي محله
هو ما كان من الافعال التي لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل
بجزء مما عمل المجعول له ولم يات بالمنفعة التي اتفقا على الجعل عليها وقلنا
على حكم الجعل لانه اذا لم يات بالمنفعة التي عليها اتفقا الجعل لم يكن له شيء فقد
انتفع الجاعل بعمل المجعول له من غير ان يعوض من عمل باجره وذلك ظلم ولذلك
تختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل او اجارة مثل مسئلة السفينة
المتقدمة وعلى هذا ما يجوز فيها الجعل او لا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على
حفر الابار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند
مالك ان يعطي الرجل ارضه لرجل على ان يغرس فيها عددا من الثمار معلوما فاذا استحق
الثمار كان للغارس جزء من الارض متفقا عليه كمل كتاب الجعل كتاب القراض
ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وانه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام
واجمعوا ان صفته ان يعطي الرجل الرجل المال على ان يتجر به على جزء معلوم يأخذه
العامل من ربح المال اي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا او ربعا او نصفا
وان هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وان الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق
بالناس وانه لا ضمان على العامل فيما تلف من راس المال وان كان اختلفوا فيما
هو تعد مما ليس تعديا وكذلك اجمعوا بالجملة على انه لا يقترن به شرط يزيد في
مجهلة الربح او في الغرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما
لا يقتضي وكذلك اتفقوا على انه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك
بالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي احكامه ونحن نذكر في ثلاثة ابواب
من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم الباب الاول في محله اما صفته
فقد تقدمت وانهم اجمعوا عليها واما محله فانهم اجمعوا على انه جائز بالدنانير

مالك منعه والشافعي اجازه
واجاز ابو حنيفة وغيره

والدراهم واختلفوا في العروض وجوزه ابن ابي ليلى وحجة الجمهور ان راس المال اذا كان
عروضا كان غررا لانه يقبض العروض وهو يساوي قيمة ويردها وهي تساوي قيمة غيرها فيكون راس المال
والربح مجهولا واما ان كان راس المال ما يباع به تلك العروض فانه مالك كانه قارضه
على ما يبيع به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قارضه على راس مال
مجهول ويشبه ان يكون ايضا انما منع المقارضة على قيمة العروض لمكان ما يتكلف
المقارض في ذلك من البيع وحينئذ يتعين راس المال الغرر فيه وكذلك ان اعطاه بالثمن
الذي اشتراه به ولكنه اقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا الذي جوزه ابن ابي ليلى بل هو
الظاهر من قوله فانهم حكوا عنه انه يجوز ان يعطي الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح
فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعلا اصل المال الثمن الذي اشتري به الثوب ويشبه
ايضا ان جعل راس المال الثمن ان يتهم المقارض في تصحيح رب المال على اخذ القراض
منه واختلف قول مالك في القراض بالنقر من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع
ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ ولا يمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي
فمن منع القراض بالنقر ومن منعه شبهها بالعروض ومن اجازه شبهها بالدنانير
والدراهم لقلة اختلاف اسواقها واختلفوا ايضا مذهب مالك في القراض بالفلوس
فمنعه ابن القاسم واجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك
والشافعي وابو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز ان يعطيه له
قراضا قبل ان يقبضه اما العلة عند مالك فمخافة ان يكون اعسر بماله فهو يريد ان يؤخره
عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه واما العلة عند الشافعي وابي حنيفة
فان ما في الذمة لا يتحول ويعود امانة واختلفوا فيمن امر رجلا ان يقبض دينا
له من رجل اخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك واصحابه لانه راى
انه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على اصله ان من اشترط
منفعة زائدة في القراض انه فاسد واجاز ذلك الشافعي والكوفي فقالا انه وكيله

على القبض

على القبض لا انه جعل القبض شيئا كلاه المقارضة فهذا هو القول في محله واما صفته وهي
الصفة التي ذكرنا انها الباب الثالث في مسائل الشروط وجملة ما لا يجوز من
الشروط عند الجميع هي ما ادى عندهم الى غرر او الى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء
انه اذا اشترط احدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض ان ذلك
لا يجوز لانه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الاصل عند مالك
في ان لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا رفق يشترطه احدهما
لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه واختلفوا في التفصيل
من ذلك اختلافهم اذا اشترط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعي
لا يجوز وقال ابو حنيفة هو قرض لا قراض فالشافعي راى انه غرر لانه ان كان خسران
فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومالك راى انه
احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له ان ياخذ منه الجزء القليل من المال
الكثير ومنها اذا اشترط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض
وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه القراض جائز والشرط باطل
وعمدة مالك ان شرط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد واما ابو حنيفة فشبهه
بالشرط الفاسد في البيع على رايه ان البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة
المتقدم واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط
عليه تعيين جنس ما من السلع او تعيين موضع ما للتجارة او تعيين صنف ما
من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز
ذلك الا ان يكون ذلك الجنس من السلع لا يتخلف في وقت من اوقات السنة وقال ابو حنيفة
يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي
راى ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وابو حنيفة
استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه ان لا يشتري جنسا ما من السلع

لكان على شرطه وفي ذلك خلاف ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور واجازه ابو حنيفة
الا ان يتعاقداه على انه لم يتحرك ورأى ان في ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه
ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن
اجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال
زكوة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه
اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي ووجه
قول مالك انه يعود جزء العامل ورب المال مجهولة لانه لا يدرى كم يكون المال
في حين وجوب الزكوة فيه وشبهها باشتراط زكاة اصل المال عليه اعني على العامل
فانه لا يجوز باتفاق ووجه ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن
معلوم القدر لان الزكوة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه
في الربح الثلث الا ربع العشر او النصف الا ربع العشر وذلك جائز وليس مثل
اشتراط زكوة راس المال لان ذلك معلوم القدر معلوم النسبة فعاد مكان ان
يختص بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترطه المقارض على
رب المال في المذهب فيه قولان وقد قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز
ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل
وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه
على ان يكون للغلام نصيب من المال فاجازه مالك والشافعي وابو حنيفة وقال
اشهب من اصحاب مالك لا يجوز ومن اجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين
ومن منع ذلك رأى انه زيادة ازدادها العامل على رب المال فاما ان اشترطه
غلاما فقال الثوري لا يجوز وللعامل فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل
يكون عنده مجهولا القول في احكام القراض والاحكام منها ما هي احكام

القراض

القراض الصحيح ومنها ما هي احكام القراض الفاسد واحكام القراض الصحيح منها ما هي
موجبات العقد اعني انها تابعة لموجب العقد ويختلف فيها هل هي تابعة
او غير تابعة ومنها احكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد
مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاصناف ما اشتهر عند
فقهاء الامصار فنبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه اجمع العلماء على ان اللزوم
ليس من موجبات عقد القراض وان لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في
القراض واختلفوا اذا شرع في العمل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات
وكان للمقارض بنون امناء كانوا في القراض مثل ابيهم وان لم يكونوا امناء كان لهم
ان ياتوا بامين وقال الشافعي وابو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس
هو عقد يورث فمالك الزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من
العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل ولا خلاف بينهم ان
المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد ان ينض جميع راس المال وانه ان خسر ثم
تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك
بعضه قبل ان يعمل فيه ثم يعمل به فيربح فيريد المقارض ان يجعل راس المال بقية
المال بعد الذي هلك هل له ذلك ام لا فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال
او دفع رجل مالا قراضا فهلك منه جزء قبل ان يعمل فاخبره بذلك فصدقه ثم قال
له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يحصله ويقبض منه
راس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من اصحاب مالك انه يلزمه في ذلك القول
ويكون الباقي قراضا وهذه المسئلة هي من احكام الطوارئ ولكن ذكرناها لتعلقها
بوقت وجوب القسمة وهي من احكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال
المقارض عليه ام لا على ثلاثة اقوال فقال الشافعي في اشهر اقواله لا نفقة له اصلا
الا ان ياذن له رب المال وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعي والحسن وهو
احد ما روي عن الشافعي وقال اخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته

وليس له شيء في الخسر وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري وجمهور العلماء الا ان مالكا
قال اذا كان المال يحمل ذلك انفق منه وقال الثوري ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا
وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى وروي عن الشافعي ان له نفقته في المرض والمشهور
عنه مثل قول الجمهور انه لا نفقة له في المرض فحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة في القراض
فلم يجز اصله المنافع وحجة من اجازه ان عليه العمل في المصر الاول ومن اجازه في الحضر
شبهه بالسفر واجمع علماء الامصار انه لا يجوز للعامل ان ياخذ نصيبه من الربح الا بحضرة
رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال واخذ العامل حصته وانه ليس
يكفي في ذلك ان يقسمه بحضور بينة ولا غيرها القول في احكام الطوارئ واختلفوا اذا اخذ
المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال او بعضه فقال بعضهم فقال
مالك ان اذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع وقال
الشافعي وابو حنيفة والثوري ما اخذ العامل يرده ويجبر به راس المال ثم
يقتسمان فضلا ان كان هنالك واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان يشتري
العامل به سلعة ما وقبل ان ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل
ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم يكون بينهما على
ما شرطاه من المقارضة وان شاء تبرأ عنها وقال ابو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء
رب المال شبه بالوكيل الا انه قال يكون راس المال في ذلك القراض الثمنين
ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عينا اعني ثمن تلك السلعة التي تلفت اولا
والثمن الثاني الذي لزم بعد قوله واختلفوا في بيع العامل واجازه ابو حنيفة
على الاطلاق واجازه الشافعي بشرط ان يكون نقدا قريبا بحيث لا يتغابن الناس
بمثله ووجه ما كرهه من ذلك مالك ان يكون بقي له في السلعة من اجل ما قارضه
فكان رب المال اخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ولا اعرف
خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق
الكراء قيمة السلع وبقي عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال

لا ان رب

لا ان رب المال انما دفع اليه ماله ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد
على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يشتري من الاموال يتجر به مع مال القراض
فقال مالك ذلك لا يجوز وقال الشافعي وابو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما
على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز ان يشترط على المقارضة كذلك لا يجوز ان ياخذ
دينا فيها واختلفوا هل للعامل ان يبيع بالدين اذا لم يامره بذلك رب المال فقال مالك
لا يجوز ليس ذلك له فان فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة له ذلك والجميع
متفقون على ان العامل انما يجب له ان يتصرف في عقد القراض بما يتصرف فيه
الناس غالبا وفي اكثر الاموال فمن راى ان التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه
الناس في الاغلب لم يجزه ومن راى انه مما يتصرف فيه الناس اجازه واختلف مالك
والشافعي وابو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب
المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا هو تعد ويضمن وقال مالك ليس بتعد ولم
يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار انه ان دفع العامل راس مال القراض
الى مقارض اخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي
عمل شرطه على الذي دفع اليه فهو يوفيه حظه مما بقي من المال وقال المزني عن الشافعي
ليس له الا اجرة مثله لانه عمل على فساد القول في حكم القراض الفاسد واتفقوا على ان حكم
القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل
ما يكون للعامل فيه واجب عمله على اقوال احدها انه يرد جميعه الى قراض مثله وهي
رواية ابن الماجشون عن مالك وقوله وقول اشهب والثاني انه يرد جميعه الى اجارة
مثله وبه قال الشافعي وابو حنيفة وعبد العزيز بن ابي سلمة من اصحاب مالك
وحكى عبد الوهاب انها رواية عن مالك والثالثة انه يرد الى قراض مثله ما لم يكن اكثر
مما سماه وانما له الاقل مما سمى او من قراض مثله ان كان رب المال هو يشترط
الشرط على المقارض والاكثر من قراض مثله هو يشترطه او من الجزء الذي سمى
له ان كان المقارض هو يشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد

القراض وهذا الشرط ينحو في رواية عن مالك والرابع انه يرد الى قراض مثله في كل منفعة
اشترطها احد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد احدهما بها على صاحبه
والى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها احد المتقارضين خالصة لمشترطها مما
ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع
وابن عبد الحكم واصبغ واختيار ابن حبيب واما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات
الفاسدة فبعضها وهي الاكثر قال فيها اجارة المثل وبعضها قال فيها قراض المثل
فاختلف الناس في تاويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي
ذهب اليه عبد الملك ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جد رحمة الله عليهم ومنهم
منهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد فيه اجارة المثل الا المسائل التي نص
فيها على قراض المثل وهي سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض
الى اجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على ان لك في المال شركا واذا اختلف
المتقارضان واتيا بما لا يشبه حلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشتري
به الا بالدين فاشترى بالنقد وعلى ان لا يشتري الا سلعة كذا وكذا والسلعة غير
موجودة فاشترى غير ما امر به وهذه المسائل يجب ان ترد الى علة واحدة والا فهو
اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان
الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها احدهما
على الاخر رد الى اجرة المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض
المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح او لم يكن وقراض المثل
هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل والا فلا شيء له القول في اختلاف
المتقارضين واختلف العلماء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي
تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده
في جميع دعاويه اذا اتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال
مالك اذا اتى بما لا يشبه وقال ابو حنيفة واصحابه القول قول رب المال وبه قال

الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له اجرة مثله والسبب اختلاف
مالك وابي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك
لانه مدعى عليه او لانه في الاغلب اقوى شبهة فمن قال انه مدعى عليه قال القول قول
رب المال ومن قال لانه اقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده
مؤتمن واما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة
وهذا كاف في هذا الباب. بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا
محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب المساقات

القول في المساقات اما
اولا ففي جوازها والثاني في معرفة الصحة والفساد فيها والثالث في احكامها
القول في جواز المساقات فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري
وابو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا ابي حنيفة واحمد وداود وهي عندهم
مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال ابو حنيفة
لا تجوز المساقات اصلا وعمدة الجمهور في اجازتها حديث ابن عمر الثابت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها
من اموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخاري ومسلم
وفي بعض رواياته انه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض
والثمرة وما رواه مالك ايضا مرسلا عن سعيد بن المسيب ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر اقركم على ما اقركم الله
ان الثمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله
بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي وكذلك
مرسله ايضا عن سليمان بن يسار في معناه واما ابو حنيفة ومن قال بقوله
فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون
اقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون اقرهم على انهم ذمة الا انه اذا انزلنا انهم
ذمة كان مخالفا للاصول لانه بيع ما لم يخلق وايضا فانه من المزابنة وهو بيع

التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول
بما روي في حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون
نصيب المسلمين وان شئتم فلي واضمن نصيبكم وهذا لا يجوز بالاجماع ورءا قالوا
ان النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان
المخابرة هي كراء الارض ببعض ما يخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث
او انه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الارض بما يخرج
منها لان المساقات تقتضي جواز ذلك وهو نص ايضا في بعض روايات احاديث المساقات
ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك والشافعي اعني بما جاء من انه صلى الله عليه
وسلم ساقاهم على نصف ما تخرج الارض من الثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها
اهل الظاهر القول في صحة المساقات والنظر في الصحة راجع الى اركانها الاربعة المحل
المخصوص بها والجزء الذي ينعقد عليه وصفة العمل الذي ينعقد عليه والمدة التي
تجوز فيها وتنعقد عليها الركن الاول في محل المساقات اتفق على النخل فقط وقال
الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل اصل ثابت كالرمان والتين
والزيتون وما اشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الاصول غير الثابتة كالمقاثي والبطيخ
مع عجز صاحبها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار
فانه اجازها فيه اذا نبتت قبل ان يستقل فعمدة من قصره على النخل انها رخصة
فوجب الا تتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة واما مالك فرأى انها رخصة ينقدح
فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم
هنالك اسباب اعم من الاشياء التي علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس
على الرخص واما داود فهو يمنع القياس جملة فالمسألة على اصوله مطردة واما
الشافعي فانما اجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقات هي بالخرص وقد جاء
في حديث عتاب بن اسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وامره ان يخرص
العنب ويؤدى زكاة النخل تمرا ودفع داود وحديث عتاب بن اسيد لانه

مرسل

مرسل انفرد به عبد الرحمن بن اسحاق وليس بالقوي واختلفوا اذا كان مع النخل ارض
بيضاء او مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل وبجزء مما
يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا ابي حنيفة والليث واحمد
والثوري وابن ابي ليلى وجماعة وقال الشافعي واهل الظاهر لا تجوز المساقات الا
في الثمر فقط واما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر اكثر ذلك فلا باس
بدخولها في المساقات اشترط جزءا خارجا منها او لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان
يكون الثلث فما دونه اعني ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه اعني
ان يكون ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه
وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من اجاز المساقات عليهما جميعا اعني على الارض بجزء
مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن
كراء الارض بما يخرج منها من حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال احمد بن
حنبل احاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر احسن واما تحديد مالك ذلك
بالثلث فضعيف وهو استحسان غير مبني على الاصول تقتضي الا يفرق بين الجائز
من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقات في
البقل فاجازها مالك والشافعي واصحابهما ومحمد بن الحسن وقال الليث
لا تجوز المساقات في البقل وانما اجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه
فيها سقي فيبقى عليه اعمال اخرى مثل الابار وغير ذلك واما الليث فيرى ان السقي
بالماء هو العمل الذي ينعقد عليه المساقات ولمكانه وردت الرخصة فيها الركن
الثاني واما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة اجمعوا على ان الذي يجب
على العامل السقي والابار واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار
وتنقية العين والسانية واما مالك فقال في الموطأ السنة في المساقات التي
يجوز لرب الحائط ان يشترطها سد الحظار وخم العين وسرو الشرب وابار النخل

التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول
بما روي في حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون
نصيب المسلمين وان شئتم فلي واضمن نصيبكم وهذا حرام بالاجماع وربما قالوا
ان النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان
المخابرة هي كراء الارض ببعض ما يخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث
او انه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الارض بما يخرج
منها لان المساقاة تقتضي جواز ذلك وهو نصه ايضا في بعض روايات احاديث المساقات
ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك والشافعي اعني بما جاء من انه صلى الله عليه
وسلم ساقاهم على نصف ما تخرج الارض من الثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها
اهل الظاهر القول في صحة المساقات والنظر في الصحة راجع الى اركانها الاربعة المحل
المخصوص بها والجزء الذي ينعقد عليه وصفة العمل الذي ينعقد عليه والمدة التي
تجوز فيها وينعقد عليها الركن الاول في محل المساقات الا في النخل فقط وقال
الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك يجوز في كل اصل ثابت كالرمان والتين
والزيتون وما اشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الاصول غير الثابتة كالمقاثي والبطيخ
مع عجز صاحبها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار
فانه اجازها فيه اذا نبتت قبل ان يستقل وعمدة من قصره على النخل انها رخصة
فوجب الا تتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة واما مالك فرى انها رخصة ينقدح
فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم
هنالك اسباب اعم من الاشياء التي علقت الرخص بالنص بها ومن منع القياس
على الرخص واما داود فهو يمنع القياس جملة فالمسئلة على اصوله مطردة واما
الشافعي فانما اجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقات هي بالخرص وقد جاء
في حديث عتاب بن اسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وامره ان يخرص
العنب ويودى زكاة النخل تمرا رواه داود وحديث عتاب بن اسيد لانه

مرسل

مرسل انفرد به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوي واختلفوا اذا كان مع النخل ارض
بيضاء او مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل وبجزء مما
يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا ابي حنيفة والليث واحمد
والثوري وابن ابي ليلى وجماعة وقال الشافعي واهل الظاهر لا تجوز المساقات الا
في الثمر فقط واما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر اكثر ذلك فلا باس
بدخولها في المساقات اشترط جزءا خارجا منها او لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان
يكون الثلث فما دونه اعني ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه اعني
ان يكون ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه
وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من اجاز المساقات عليهما جميعا اعني على الارض بجزء
مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن
كراء الارض بما يخرج منها من حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال احمد بن
حنبل احاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر اصح واما تحديد مالك ذلك
بالثلث فضعيف وهو استحسان غير مبني على الاصول تقتضي الا يفرق بين الجائز
من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقات في
البعل فاجازها مالك والشافعي واصحابهما ومحمد بن الحسن وقال الليث
لا تجوز المساقات في البعل وانما اجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه
فيها سقي فيبقى عليه اعمال اخرى مثل الابار وغير ذلك واما الليث فيرى ان السقي
بالماء هو العمل الذي ينعقد عليه المساقات ولمكانه وردت الرخصة فيها الركن
الثاني واما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة اجمعوا على ان الذي يجب
على العامل السقي والابار واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار
وتنقية العين والسانية واما مالك فقال في الموطأ السنة في المساقات التي
تجوز لرب الحائط ان يشترطها سد الحظار وخم العين وشرب الشرب وابار النخل

وفي حفر البير وجذ الثمر وما اشبهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل ان يفهم
منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن ان يفهم منه دخولها فيما يقتضيه العقد
وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمر مثل الابار
والسقي وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواقي والانهار واما الجذاذ فقال
مالك والشافعي هو على العامل الا ان مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال
جاز وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال محمد بن الحسن
الجذاذ بينهما بنصفين وقال المحصلون من اصحاب مالك ان العمل في الحائط على
وجهين عمل ليس له تاثير في اصلاح الثمر وعمل له تاثير في اصلاح الثمر والذي له تاثير
في اصلاحها منه ما يتابد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فاما الذي ليس له تاثير
في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير
واما ما له تاثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عندهم بالشرط في المساقاة
لا بنفس العقد مثل ان ينشئ حفر بير او انشاء ضفيرة للماء او انشاء غراس او انشاء
بيت تجني فيه الثمر واما ما له تاثير في اصلاح الثمر ولا يتابد فهو لازم بنفس
العقد وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما
اشبه ذلك واجمعوا على ان ما كان في الحائط من الدواب والعبيد انه ليس من
حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقي فقال مالك يجوز وذلك
فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة فاما ان اشترط منها ما لم يكن في الحائط
فلا يجوز وقال الشافعي لا باس بذلك وان لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من
اصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولو
اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهية ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل
بنصيب رب المال ومن اجازه راى ان ذلك تافه ويسير ولتردد الحكم بين
هذين الاصلين استحسن مالك ذلك في القليل الذي يكون في الحائط وفيه

المساقات

المساقاة ومنعه في غيره لان اشتراط المنفعة في ذلك اشهر وانما عول محمد بن الحسن
لا اشتراطها في العامل عوضا من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق
المسلمون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل
الا ان يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق بعد ومن صفة هذا الصنف
والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة الركن الثالث واجمعوا على ان المساقاة
تجوز بكل ما اتفقا عليه من اجزاء الثمر واجازه مالك ان تكون الثمرة كلها للعامل
كما فعل في القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا قراض وقيل لا يجوز واتفقوا على انه لا يجوز
فيها اشتراط منفعة زائدة مثل ان يشترط احدهما على صاحبه زيادة دراهم او
دنانير ولا شيئا من الاشياء الخارجة من المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد
الحظيرة واصلاح الظفيرة وهو مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقي على
حائطين احدهما على جزء والآخر على جزء واحتج بفعله صلى الله عليه وسلم في خيبر
وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف واكثر العلماء على ان القسمة
بين العامل والمساقي في الثمر لا يكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وانها لا تجوز
بالخرص واجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف مالك اصحابه واختلفت الرواية عنه
فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غيرها وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت
حاجة الشريكين وحجة الجمهور ان ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ومن قبل بيع
الرطب بالتمر والمطعوم بالمطعوم نسيئة وحجة من اجاز قسمتها بالخرص تشبيها بالعرية
وبالخرص في الزكوة وفيه ضعف واقوى ما اعتمدوا واخذ ذلك فيما جاء من الخرص في مساقاة
خيبر من مرسل سعيد ابن المسيب وعطاء بن يسار الركن الرابع واما اشتراط الوقت
في المساقاة فهو صنفان وقت هو شرط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في
صحة العقد وهو المحدود لمدتها اما الوقت المشترط في جواز عقدها فانهم اتفقوا
على انها تجوز قبل بدو صلاح الثمر واختلفوا في جوازها بعد بدو الصلاح فذهب
الجمهور من القائلين بالمساقاة الى انها لا تجوز بعد الصلاح وقال سحنون من

اصحاب مالك لا باس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال
يجوز وقد قيل عنه انه لا يجوز اذا اختلف الثمر وعمدة الجمهور ان مساقات ما بدا صلاحه
من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقات اذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت
قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من اجازها انه اذا جازت قبل ان يخلق الثمر
فهو بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم يجز عندهم مساقات البقول لانه يجوز بيعها اعني
عند الجمهور واما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقات فان الجمهور على انه لا يجوز
ان يكون مجهولا اعني مدة غير موقتة واجاز طائفة ان تكون الى مدة غير موقتة منهم
اهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياسا على الاجارة وعمدة اهل
اهل الظاهر ما وقع من مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم اقركم على ما اقركم
الله وكره مالك المساقات فيما كان من السنين وانقضاء السنين هو بالجذاذ لا
بالاهلة واما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى
ان من شرط صحتها ان لا تنعقد الا بلفظ المساقات وانه ليس ينعقد بلفظ الاجارة وبه
قال الشافعي وقال غيرهم ينعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون القول في
احكام الصحة والمساقات عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض
عنده فانه ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك موروث وللورثة المساقي
ان ياتوا بامين يعمل ان لم يكونوا امناء وعليهم العمل ان ابى الورثة من تركته وقال
الشافعي اذا لم يكن له تركة يسلم الى الورثة رب المال اجرة ما عمل وفسخ العقد وان
كان له تركة لزم المساقات وقال الشافعي تنفسخ المساقات بالعجز ولم يعمل وقال
مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له ان يساقي غيره ووجب عليه ان يستاجر من
يعمل وان لم يكن له شيء استوجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصا او ظالما
لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكي عن الشافعي انه قال يلزمه ان يقيم غيره للعمل
وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استاجر القاضي عليه من
يعمل عمله ويجوز عند مالك ان يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكوة بخلاف القراض

ونصابهما

ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد الا في قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال
والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقات من الثمر فقال مالك القول قول
العامل مع يمينه اذا اتى بما يشبه وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون
للعامل الاجرة تشبيها بالبيع واوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن اصله
ان اليمين تجب على اقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة اشتهر الخلاف
فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها احكام المساقات الفاسدة واتفقوا
على ان المساقات اذا وقعت على غير الوجه التي جوزها الشرع انها تنفسخ ما لم تفت
بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل انها ترد الى اجارة المثل
في كل نوع من انواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين
عن مالك وقيل ترد الى مساقات المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون ورواية عن
مالك واما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقات مثلها وفي بعضها الى اجارة
المثل واختلف التاويل عليه في ذلك فقيل مذهبه انها ترد الى اجرة المثل الا في اربعة
مسائل فانها ترد الى مساقات مثلها احداها المساقات في حائط فيه ثمر قد اطعم
والثانية اذا اشترط المساقي على رب المال ان يعمل معه والثالثة المساقات
مع البيع في صفقة واحدة والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على
النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك ان المساقات اذا لحقها الفساد من قبل
ما دخلها من الاجارة الفاسدة او من بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه وذلك بان يشترط
احدهما على صاحبه من زيادة رد فيهما الى اجرة المثل مثل ان يساقيه على ان
يزيد احدهما صاحبه دنانير او دراهم وذلك ان هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط
كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل ان يخلق واما

بسلامة من قبل الغرر مثل المساقات على حوائط مختلفة فيرد الى مساقات المثل
وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسألة قول رابع وهو انه يرد الى مساقات
مثله ما لم يكن اكثر من الجزء الذي عليه شرط ان كان الشرط للمساقي او اقل ان كان
الشرط للمساقي وهذا كاف بحسب غرضنا. بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على
سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الشركة

والنظر في الشركة في انواعها وفي
اركانها الموجبة للصحة وفي الاحكام ونحن نذكر في هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما
اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء
الامصار اربعة انواع شركة العنان وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة
الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا
اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها والقول في شركة
العنان وان كان في هذه الشركة ثلاثة الاول محلها من الاموال والثاني معرفة قدر
الربح من قدر المال المشترك فيه والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من
قدر المال الركن الاول فاما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه
فاتفق المسلمون على ان الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين اعني الدنانير والدراهم
وان كانت في الحقيقة بيعا لا يقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم
المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما اعلم على
الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين
وبالعين المختلفة مثل الشركة بالدنانير من احدهما والدراهم من الآخر وبالطعام
الربوي اذا كان صنفا واحدا فهاهنا ثلاث مسائل المسألة الاولى فاما
اذا اشتركا في صنفين من العروض او في عروض ودراهم او دنانير فاجاز ذلك ابن القاسم

وهو مذهب

وهو مذهب مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهة اجتماع الشركة والبيع
وذلك ان يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء
من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي
يقول لا تنعقد الشركة الا على اثمان العروض وحكى ابو حامد ان ظاهر مذهب الشافعي
يقتضي ان الشركة كالقراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير قال والقياس ان الاشاعة
فيها تقوم مقام الخلط. المسألة الثانية واما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيه النساء
مثل الشركة بالدنانير من عند احدهما والدراهم من عند الآخر وبالطعامين
المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فاجازه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم
من عند احدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز وبالمنع
قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجاز. المسألة الثالثة واما
الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على
جوازها في الصنف الواحد من الذهب والفضة ومنعها مالك في احد قوليه وهو
المشهور لعدم المناجزة التي تدخل فيه لذا رأى ان الاصل هو ان لا يقاس على موضع
الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك ان الشركة تفتقر الى الاستواء
في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل فافترقت الشركة بالطعامين من صنف
واحد الى الاستواء في القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره ذلك مالك فهذا هو اختلافهم
في جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط او لا يختلط فقال
مالك ان من شرط مال الشركة ان يختلط اما حسا واما حكما مثل ان يكونا في حانوت
واحد ايديهما مطلقة عليه وقال الشافعي لا تصح الشركة وان كان مال كل
واحد منهما بيد صاحبه وابو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط
الى ان ذلك الاشتراك في التصرف في المال والشافعي اشترط الى هذين الاختلاط

والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم لأن النصح يوجد منهما للشركة
كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن الثاني وفي صفة قسمتهما
الربح فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرؤوس الأموال أعني أنه إذا كان
أصل مال الشركة متساويا كان الربح بينهما نصفين واختلفوا هل يجوز
أن تختلف رؤوس أموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعي لا يجوز وقال
أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما أنه
لو اشترط أحدهما جزءا من الخسران لم يجز كذلك إذا اشترط جزءا من الربح خارجا
عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار والذين يجيزون اعتبار المنفعة
بينهما تكون على نسبة الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون
للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط
كان في الشركة من الأصل كل واحد منهما وعملا يكون ذلك الجزء مقابلا لتخلي عمله
على عمل صاحبه فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك وأما
الركن الثالث الذي هو العمل فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال عملا يعتبر بنفسه
وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال والعمل أعني أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون
مالاهما متساويين والتجارة إلى العمل فإنهم يرون أن العمل في الغالب مستويا
إذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان الفضل غبن على أحدهما في العمل
ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد
من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنانير ثم يخلطانهما
حتى يصير مالا واحدا لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة وعلى
أن ما كان من فضل فهو بينهما نصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك
إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترط هذا الشرط يدل على أن في خلافه

والمشهور

406

والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركة أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه
القول في شركة المعاوضة واختلفوا في شركة المعاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة في
الجملة على جواز هذا وإن كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا تجوز ومعنى
شركة المعاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع
غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات وعمدة الشافعي أن اسم
الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال فإن الأرباح فروع ولا تجوز أن تكون الفروع
مشتركة إلا باشتراك كل واحد منهما على صاحبه في ملك نفسه فهو من الغرر
ومما لا يجوز وهذه هي صفة شركة المعاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما فقد باع
جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء
الذي بقي في يديه والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيع وكالة وأما أبو حنيفة
فهو يعتمد على أصله في أنه لا يجمع في شركة العنان إلا النقد فقط ولما لم يختلف
فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المعاوضة
التساوي في رأس المال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان
وقال أبو حنيفة لا يكون لأحدهما شيء إلا يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم
المعاوضة يقتضي هذين الأمرين أعني تساوي المالين وتعميم ملكهما القول
في شركة الأبدان وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع
منها الشافعي وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال
لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه
وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم إنما يستحقون ذلك
بالعمل وما روي أن ابن مسعود وسعدا فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما
وأيضا فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعي
أن المضاربة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم

الغنيمة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك الصنعتين فيشترك عنده القصار
والصباغ ولا يشترك كان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف
الصنعتين او اختلاف المكان وعمدة ابي حنيفة جواز الشركة على الذمم من غير
صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي ان الشركة انما تتعلق على المال او على
العمل وكلاهما معدومان في هذه المسألة مع ما في ذلك من الغرر لان كل واحد
منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وابو حنيفة يعتبر
انه عمل من الاعمال فجاز ان تنعقد عليه الشركة القول في احكام الشركة الصحيحة
وهي من العقود الجائزة لا من اللازمة اي لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة
متى شاء وهي عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا
في العيال ولم تخرج عادة نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض
وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له ان يهب شيئا من مال الشركة
ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى انه نظر لهما واما من قصر في شيء او تعدى
فهو ضامن مثل ان يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه
قصر اذ لم يشهد وله ان يقبل الشيء المعيب في الشراء واذا اقر احد الشريكين في مال
لمن يتهم عليه لا يجوز ويجوز اقالته وتوليته ولا يضمن احد الشريكين ما ذهب من
مال التجارة بالتعدي ولا يجوز للشريك المعاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه
وينزل كل واحد منهما منزلة صاحبه من ماله وما عليه في مال التجارة وفروع
هذا الباب كثيرة بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم كتاب الرهون والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى ولم تجدوا
كاتبا فرهان مقبوضة والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي الاحكام
والاركان هي النظر في الراهن والرهون والمرتهن والشيء الذي فيه الرهن وصفة
عقد الرهن الركن الاول في الراهن فلا خلاف ان من صفته ان يكون غير

محجور

محجور عليه من اهل السداد والوصي يرهن لمن يلي النظر عليه اذا كان ذلك سدادا
او دعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعي يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن
المكاتب والمأذون وبالله عند مالك اذا اصاب المكاتب وقال سحنون فان ارتهن في مال
اسلفه لم يجز وبه قال الشافعي واتفق مالك والشافعي على ان المفلس لا يجوز
منه وقال ابو حنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذي احاط الدين بماله هل يجوز
رهنه اعني هل يلزم او لا يلزم فالمشهور عنه انه يجوز اعني قبل ان يفلس والخلاف
آيل الى انه هل المفلس محجور عليه ام لا وكل من صح ان يكون راهنا صح ان يكون مرتهنا
الركن الثاني وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط الاول ان يكون
عينا فانه لا يجوز رهن الدين والثاني ان لا يمتنع اثبات يد المرتهن عليه كالمصحف
ومال الحربي رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبني على البيع الثالث
ان يكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن ما لا يجوز بيعه
في وقت الارتهان كالزرع والثمر الذي لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في اداء الدين الا
اذا بدا صلاحه وان حل اجل الدين وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد
صلاحه ان يباع عند حلول الدين على شرط القطع اولا فقال ابو حامد والاصح جوازه
ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط
الرهن ان يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما
ان يكون مستعارا واتفقوا على ان من شرطه ان يكون في يد المرتهن من قبل الراهن
واختلفوا اذا كان قبض المرتهن بغصب ثم اراد المغصوب منه ان يجعله رهنا في يده فقال
مالك يجوز ان ينتقل الشيء المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب
منه الشيء المغصوب رهنا في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز
بل يبقى على ضمان الغاصب الى ان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فمنعه ابو حنيفة

وأجازه مالك والشافعي والسبب في الخلاف هل يمكن حيازة المشاع
أم لا كمن الثالث وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز
أن يؤخذ الرهن في جميع الأثمان الواقعة في جميع المبيعات إلا الصرف ورأس المال في
السلم المتعلق بالذمة وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن
وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل
الظاهر لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم أعني في المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون
آية الرهن واردة في الديون في المبيعات وهو السلم عندهم فكأنهم جعلوا هذا الشرط
من شرط صحة الرهن لأنه قال في أول الآية يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين
إلى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة
وعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم
المتلفات وفي أروش الجنايات في الأموال وفي جراح العمد التي لا قود فيها كالمأمومة
والجائفة وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في
الدية فيها إذا عفا الولي قولان أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي
مخير في العمد بين الدية والقود والقول الثاني أن ذلك لا يجوز وذلك أيضا مبني
على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أبى الجاني من إعطاء الدية ويجوز
في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز
أخذه في الإجارات ويجوز في الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في
المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تصح
فيه الكفالة وقالت الشافعية لما يكون فيه الرهن شرائط ثلاثة أحدها أن يكون
دينا فإنه لا رهن في عين والثاني أن يكون واجبا فإنه لا رهن قبل الوجوب مثل
أن يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك والشرط الثالث ألا يكون لزومه

متوقعا

406

متوقعا أن يجب وأن لا يجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

القول في الشروط وأما الشروط المشروطة في الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط
صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهنا فشرطان
أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض والثاني
مختلف في اشتراطه فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى فرهان
مقبوضة واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط
صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر
الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض
أو يموت فمذهب مالك أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل
الظاهر أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول
وعمدة الغير قوله تعالى فرهان مقبوضة وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن إلا أن يكون
مثل الحال التي نبه الله عليها بقوله تعالى ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ولا يجوز عند أهل الظاهر
أن يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن إذا عاد إلى الراهن بعارية
أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض
من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهر ما لزم من قوله تعالى فرهان مقبوضة
وجود القبض واستدامته والشافعي يقول إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد
فلا يحل عقد ذلك إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الأولى
بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة ألا
يشترط الاستدامة واتفقوا على جواز الرهن في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور
إلى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لقوله تعالى وإن كنتم على
سفر الآية وتمسك الجمهور بما روي أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر
والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية من باب دليل الخطاب وأما شروط
الرهن الممنوع بالنص فهو أن يرهنه الرجل رهنا على أنه إن جاء بحقه عند أجله

احمد

والاعام الرهن له فانهم اتفقوا على ان هذا الشرط يوجب الفسخ وانه معنى قوله عليه الصلاة
والسلام لا يغلق الرهن القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام
وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه الى معرفة ما
للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك اما من نفس العقد واما
لمن الامور الطارية على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار
والاتفاق اما حق المرتهن في الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يات به
عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه
الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول
الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة
الحق المرهون فيه وببعضه اعني انه اذا رهنه عدد ما فادى منه بعضه فان الرهن
باسره يبقى بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر
ما بقي من الحق وحجة الجمهور انه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه اصله
حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني ان جميعه
محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه اصله الكفالة ومن مسائل
هذا الباب المشهورة اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر
المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن ام لا فذهب قوم الى ان نماء
الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه اعني الذي يحدث منه في يد المرتهن وممن قال بهذا
القول الشافعي وذهب اخرون الى ان جميع ذلك يدخل في الرهن وممن قال بهذا القول
ابو حنيفة والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته
فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية واما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل
في الرهن كان متولدا عنه كثمرة النخل او غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة
من راى ان نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام الرهن مركوب
ومحلوب قالوا مركوب ومحلوب قالوا وجه الدليل من ذلك انه لم يرد

بقوله

بقوله مركوب ومحلوب يركبه الراهن ويحلبه لانه كان غير مقبوض ومن شرطه القبض
قالوا ولا يصح ان يكون معناه ان المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا ان يكون المعنى
في ذلك ان اجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا ايضا بعموم قوله عليه الصلاة
والسلام الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زايد على ملك راهنه
رهنا فوجب ان يكون له لا بشرط زايد وعمدة ابي حنيفة ان الفروع تابعة للاصول
فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم امه في التدبير والكتابة واما مالك فاحتج
بان الولد حكمه حكم امه في البيع اي هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة
المفرقة في ذلك وذلك ان الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير
شرط والجمهور على انه ليس للمرتهن ان ينتفع بشيء من الرهن وقال قوم اذا
كان الرهن حيوانا فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو
قول احمد واسحاق واحتجوا بما رواه ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن
ممن ضمانه فقال قوم الرهن امانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع
يمينه انه ما فرط فيه ولا جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعي واحمد وابو ثور
وجمهور اهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا
القول ابو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فمنهم
من راى ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته او قيمة الدين وبه قال ابو حنيفة
وسفيان وجماعة ومنهم من قال مضمون بقيمته قلت او كثرت وانه ان فضل
للراهن شيء فوق دينه اخذه من المرتهن وبه قال علي بن ابي طالب وعطاء واسحاق
وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه من الرهن مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه
وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما
لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البتي الا ان مالكا

يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تعد فانه لا يضمن
وقال الاوزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت بينة او لم تقم وبقول مالك
قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعي قال اشهب وعمدة من جعله امانة غير
مضمون حديث سعيد بن المسيب عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق
الرهن هو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه اي له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته
قالوا وقبض الراهن امانته فاشبه الوديعة عنده وقال المزني من اصحاب الشافعي
مجمع عليه قال مالك ومن تبعه الحيوان وما ظهر هلاكه امانة فوجب ان يكون كله
امانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه
اي نفقته وذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام الرهن مركوب ومحلوب اي اجرة ظهره
لبنه ونفقته عليه واما ابو حنيفة واصحابه فتاولوا قوله عليه الصلاة والسلام له
غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه عن الدين وغرمه ما نقص وعمدة من راى انه
مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفها
اصله تلف المبيع عند البائع اذا امسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه
من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم ان رجلا رهن فرسا من رجل فنفق عنده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن
ذهب حقك واما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان
ومعنى ذلك ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا
في الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثيرا فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان
ابي حنيفة وحدوا الاستحسان بانه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك
عنده هو جمع بين الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير
دليل والجمهور على انه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا عتقه وانه ان باعه فللمرتهن
الاجازة او الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك

وكان له

وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاما او امة فاعتقها الراهن فعند
مالك انه ان كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسرا
بيعت وقضي الحق من ثمنها وللشافعي ثلاثة اقوال الرد والاجازة والثالث
مثل قول مالك واما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن فان
الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن
قيمة الرهن اقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال
الشافعي وابو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الامصار القول في قدر الحق قول الراهن
وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب ان تكون اليمين على الراهن
على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعيا فله ههنا
شبهة تنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهدا له ومن اصوله ان يحلف اقوى
المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته
اكثر من المرهون فيه واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول عند مالك ههنا
قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو معترف ببعض ما ادعي عليه وهذا على اصوله فان هنا
المرتهن هو الضامن فيما يغاب عليه واما على اصول الشافعي فلا يتصور على المرتهن
يمين الا ان يدعي الراهن في اتلافه واما عند ابي حنيفة فالقول قول المرتهن
في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفته لان عند مالك يحلف على الصفة تقوم تلك
الصفة واذا اختلفوا في الامرين جميعا في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان
القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمة الصفة التي حلف
عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا في الحق
واختلفا في قيمة الرهن في المذهب قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن
للدين شهد الدين للرهن وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرنا كفاية في غرضنا

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الحجر

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب الباب الأول في أصناف
المحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأي شروط
يخرجون الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة الباب الأول أجمع
العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى وابتلوا اليتامى
حتى إذا بلغوا النكاح الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم
تبذير لأموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى
جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم
فلم يكن عندهم مدفع وبه قال ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة
من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول إبراهيم وابن سيرين
وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال لا يجوز الحجر عليهم بعد البلوغ بحال وإن
ظهر منهم التبذير ومنهم من قال إن استصحبوا التبذير من الصغر استمر الحجر عليهم
وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبتدأ الحجر عليهم
وأبو حنيفة يرى ارتفاع الحجر وإن ظهر سفه خمسة وعشرين عاما وعمدة من
أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد
فيهم غالبا فوجب أن يجب الحجر على من يوجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا قالوا
ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد فقال تعالى فإن
آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم فدل هذا على أن السبب المقتضي
للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ إذ ذكر فيه لرسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم
الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف في المال

بدليل تأثيره في إسقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه يوجد فيه السفه غالبا كما
يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة
الرشد إذ كانا فيه يوجدان غالبا أعني العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف
أعني أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون
بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله
تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك
لا يوجب فسخ بيوعهم وإبطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه
والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتي ذكر كل واحد منهم في بابه

الباب الثاني

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار
من الحجر وخروج السفهاء فنقول إن الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل
واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو وصي وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا
وصي لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من
الحجر إلا ببلوغ سن التكاليف وإيناس الرشد منهم وإن كانوا اختلفوا في الرشد
ما هو وذلك لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم
منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم واختلفوا في الإناث فذهب الجمهور إلى أن حكمهن
في ذلك حكم الذكور أعني بلوغ المحيض وإيناس الرشد وقال مالك هي في ولاية
أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروي
عنه مثل قول الجمهور ولأصحاب مالك في ذلك أقاويل غير هذه فقيل إنها في
ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها وقيل حتى يمر بها عامان
وقيل حتى يمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور
من المرأة إلا بعد اختبار الرجال وأما الأقاويل الأخرى فضعيفة مخالفة للنص

والقياس اما نفي العنت فللنص فانهم لم يشترطوا الرشد واما نفي العنت فللقياس فلان
الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة واذا قلنا على قول مالك انه
على قول الجمهور ان الاعتبار في المذكور ذوي الابكار ابتداء الرشد فاختلف قول مالك
اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على
السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل انه محمول على الرشد حتى
يتبين سفهه فاما ذو الاوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك
الا باطلاق وصيه له من الحجر بقوله فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف
او باذن القاضي مع الوصي ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل
في وصي الاب انه لا يقبل قوله في انه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع
الوصي كحاله مع الاب يخرج من الحجر اذا انس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد
وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذي الاب واما ابن القاسم فمذهبه
ان الولاية غير معتبرة ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية
عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين ان من يعتبر الولاية
يقول افعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول خفيف
فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم واما اختلافهم في الرشد ما هو فان مالكا يرى ان الرشد
هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين وسبب
الاختلاف هل ينطلق اسم الرشد على غير صلاح الدين وحال البكر مع الوصي كحال
الذكر لا تخرج من الولاية الا باخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها
مع الوصي كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر
فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم واما المهمل من الذكور فان المشهور ان افعاله
جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه او غير متصل السفه معلنا

او غير معلن

او غير معلن ومنهم من فرق بين ان يكون سفهه متصلا او غير متصل ومعلنا او
غير معلن واما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا اجازه والا رده
فاما اليتيمة التي لا اب لها ولا وصي فان فيها في المذهب قولين الاول ان افعالها
جائزة اذا بلغت المحيض والثاني ان افعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور

الباب الثالث

والنظر في هذا الباب في تبيين انواع ما يجوز لصنف صنف
من المحجورين من الافعال واذا فعلوا ما حكم افعالهم في الرد والاجازة وكذلك افعال
المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير اب ولا وصي وهم كما قلنا اما صغار
واما كبار متصلوا الحجر من الصغر واما مستحجرهم فاما الصغار الذين لم يبلغوا
الحلم من الرجال والمحيض من النساء فلا خلاف في المذهب انه لا يجوز لهم في مالهم
معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان اذن في ذلك الاب او الوصي وان اخرج
من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولي فان راى رده
اجازه والا ابطله وان لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وان غفل في ذلك حتى
يلي امر نفسه كان النظر اليه في الاجازة او الرد واختلفوا اذا كان فعله سدادا ونظرا فيما
كان يلزم الولي ان يفعله هل له ان ينقضه اذا آل الامر الى خلاف ذلك بحوالة الاسواق
او نماء فيما باعه او نقصانه فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له
ويلزم من الجنس في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما اجنس وكسر مما اوتمن
عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره
واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور انه لا يلزمه وقال
ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعي عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد
واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لا يحلف وروي عن مالك والليث انه يحلف
وحال البكر ذات الاب والوصي كحال الذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر

تعنيسها فاما السفيه البالغ فجمهور العلماء على ان المحجور اذا ملك زوجته او خالعها
مضى طلاقه وخلعه الا ابن ابي ليلى وابا يوسف وخالف ابن ابي ليلى في العتق
فقال انه ينفذ وقال الجمهور لا ينفذ واما وصيته فلا اعلم خلافا في نفوذها
ولا يلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف الا ان يعتق
ام ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبعها
وقيل لا يتبعها وفي الفرق بين القليل والكثير واما ما يفعله بعوض فهو ايضا موقوف
على نظر وليه ان كان له ولي وان لم يكن له ولي قدم له ولي فان رد بيعه الولي وكان
قد اتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء وكذلك ان اتلف عين المبيع واما احكام
افعال المحجورين والمهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى اربعة احوال
منهم من تكون افعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد ومنهم من هو ضد هذا
وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ما هو سفه ومنهم
من تكون افعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين رشده وعكس هذا ايضا
وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فاما الذي يحكم
له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الاب او الوصي
ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافا كثيرا
من دون الثلاثين الى الستين والذي يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه فهو
السفيه اذا لم يثبت عليه ولاية من قبل ابيه ولا من قبل السلطان على
مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لا نفس
الولاية وهو البكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون واما الذي يحكم عليه بحكم
السفه ما لم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة ابيه على المشهور في المذهب
وحال البكر ذات الاب التي لا وصي لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يمض

رشدها

رشدها وما لم تبلغ الحد المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك
اليتيمة التي لا وصي لها على مذهب من يرى ان افعالها مردودة واما الحال التي
يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فهي حال البكر المعنسة عند من يعتبر
التعنيس او التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند
من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذي الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين
والابنة البكر بعد بلوغ عمرها على الرواية التي لا يعتبر فيها دخول الزوج بها فهذه
هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة. بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم كتاب التفليس
والنظر في هذا الكتاب فيما هو المفلس وفي احكام المفلس فنقول ان الافلاس
في الشرع يطلق على معنيين احدهما ان يستغرق الدين مال المدين فلا يكون
في ماله وفاء بديونه والثاني ان لا يكون له مال معلوم اصلا وفي كلا المفلسين
قد اختلف العلماء في احكامهما فاما الحالة الاولى وهو اذا ظهر عند الحاكم من
فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم ان يحجر عليه التصرف في ماله
من ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم او ليس له
ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على اي نسبة اتفقت او لمن اتفق
منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بديونه فابى ان ينصف
غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ام يحبسه حتى يعطيهم
بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه
او غرمه ان كان مليا او يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه
التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي وفي القول الآخر قال ابو حنيفة وجماعة
من اهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل انه كثر دينه

في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان خلعه لهم من ماله،
وحديث ابي سعيد الخدري ان رجلا اصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم
عليه وليس لكم الا ذلك. وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه
وقوله فيه اما بعد فان الاسيفع اسيفع جهينة رضي من دينه
وامانته بان يقال سبق الحاج وانه ادان معرضا فاصبح قد رين عليه فمن
كان له عليه دين فليأتنا وايضا من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجورا
عليه لمكان الغير ورثته واحرى ان يكون المديان محجورا عليه لمكان الغرماء
وهذا القول هو اشهر لانه اعدل والله اعلم واما حجة الفريق الثاني الذين
قالوا انه يحبس حتى يعطي ما عليه او يموت محبوسا فيبيع القاضي حينئذ
عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد
ابوه باحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فاتيت النبي صلى الله عليه
وسلم فكلمته فسالهم ان يقبلوا حائطي فابوا قال ولكن سنغدو عليك قال فغدا
علينا حين اصبح فطاف في النخل ودعا في ثمرها بالبركة قال فجددتها فقضيت
منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وربما روي ايضا انه مات اسيد بن الحضير
وعليه عشرة الاف درهم فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه اربع
سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الاثار كلها ليس فيها انه باع فيها اصل
في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل
عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استغلال
اصول العقار عليه باستغلال اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه
فالنظر فيما اذا حجر عليه وبان دينه تكون المحاصة في ماله وفي اي شيء

من ماله

احد

من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال
في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له
اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لم تجر
العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لانه له ان يفعل ما
يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين او الابناء
وانما قيل ما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض
كالاضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في
انفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه ما لم
تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف قول
مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه واما جمهور من قال بالحجر
على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان
الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه وهو
احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز عنده بيعه وشراؤه
اذا لم تكن فيه محاباة ولا يجوز للمحجور عليه واما حاله بعد التفليس
فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا اخذ ولا عطاء ولا اخذ ولا عطاء
ولا يجوز اقراره بدين في ذمته ولا بعيد فقيل الا ان يكون لواحد منهم بينة
وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين مثل
القراض والوديعة على ثلاثة اقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق
بين ان يكون على اصل القراض او الوديعة بينة او لا يكون فقيل ان كانت صدق
وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل
بالتفليس ام لا فذهب مالك الى ان الفلس في ذلك كالموت وذهب غيره

الى خلاف ذلك وجمهور العلماء ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت
السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث
الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين احد امرين اما الا يريدوا ان يؤخروا
حقوقهم في المواريث الى محل اجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان
يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون مضمونة في التركة
خاصة لا في ذممهم بخلاف ما كان عليه من الدين ولذلك راى بعضهم انه ان رضي
الغرماء بتحمله في ذممهم ابقيت الديون الى اجلها وممن قال بهذا القول
ابن سيرين واختاره ابو عبيد من فقهاء الامصار ولكن لا يشبه الفلس في هذا
المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلتا الذمتين قد خربت لان ذمة المفلس
يرجى لها المال بخلاف ذمة الميت واما النظر فيما يرجع به اصحاب الديون
على مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب
عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه في ذمة
المفلس واما اذا كان عين العوض قائما بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه
فانه اختلف في ذلك فقهاء الامصار على اربعة اقوال القول الاول ان صاحب
السلعة احق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال
الشافعي واحمد وابو ثور القول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم
بالتفليس فان كانت اقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان ياخذها
ويحاص الغرماء وان كانت اكثر او مساوية للثمن اخذ عينها وبه قال
مالك واصحابه والقول الثالث ان تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت
قيمتها مساوية للثمن او اقل منها قضي له بها اعني للبائع وان كانت
اكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من

اهل

اهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول ابي حنيفة
واهل الكوفة والاصل في هذه المسألة ما ثبت من حديث ابي هريرة ان رسول
صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو احق
به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة
وهذا اللفظ لمالك فمن قال به حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم
من خصصه بالقياس وقالوا ان المسألة معقولة وقالوا انما هو ارفق
بصاحب السلعة لكون سلعته باقية واكثر ما في ذلك ان ياخذ الثمن الذي
باعها به فان كان يقضي في هذه الحال التي اشترك فيها مع الغرماء اكثر
من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها
بالثمن كما قال مالك واما اهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته
للاصول المتواترة على مذهبهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة
لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث
فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امراة ورووا
عن علي انه قضى بالسلعة للمفلس وهو راي ابن سيرين وابراهيم من
التابعين وربما احتجوا بان حديث ابي هريرة مختلف فيه وذلك ان الزهري
روى عن ابي بكر بن عبد الرحمن عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل مات او افلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة
الغرماء وهذا الحديث اولى لانه موافق للاصل الثابت قالوا والجمع بين
الحديثين واجب وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا ان الجمهور
دفعوا هذا التاويل بما ورد في لفظ حديث ابي هريرة في بعض الروايات

الله

من ذلك البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فاما قبل القبض
فالعلماء متفقون اهل الحجاز واهل العراق ان صاحب السلعة احق بها
لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن
فقال مالك ان شاء ان يرد ما قبض وياخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء
فيما بقي من سلعته وقال الشافعي بل ياخذ ما بقي من سلعته بما بقي
من سلعته وقال الشافعي الثمن وقالت جماعة من اهل العلم داود واحمد
واسحق ان قبض من الثمن شيئا فهو اسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك
عن ابن شهاب عن ابي بكر بن عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ايما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه
شيئا فوجده بعينه فهو احق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع اسوة
الغرماء وهو حديث صحيح وان ارسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روي
من طريق مالك في الحديث عن ابي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض
من ثمنها شيئا فهو اسوة الغرماء ما ذكره ابو عبيد في كتابه في الفقه
وخرجه وحجة الشافعي ان كل السلعة او بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا
انه اذا فوت المشتري بعضها ان البائع احق بالمقدار الذي ادرك من سلعته
الا عطاء فانه قال اذا فوت المشتري بعضها كان البائع اسوة الغرماء
واختلف مالك والشافعي في الموت هل حكمه حكم الفلس اولا فقال
مالك في الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعي الامر
في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن ابي بكر وهو نص في ذلك
ايضا من جهة النظر ان فرقا بين الذمة في الفلس والموت وذلك ان المفلس
ممكن ان يثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت

واما

واما الشافعي فعمدته ما رواه ابن ابي ذئب بسنده عن ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق
به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن ابي ذئب اولى
من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق
المعنى فهو مال لا تتم فيه لمالكه الا بعد اداء ما عليه فاشبه مال المفلس
وقياس مالك اقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن
ابي ذئب من جهة موافقة القياس له اقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث
المعارضة قياس المعنى فهو اقوى مما وافقه قياس الشبه اعني ان القياس
الموافق لحديث الشافعي قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى
ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق وسبب الخلاف تعارض الاثار في هذا المعنى
والمقاييس وايضا فان الاصل يشهد لقول مالك في الموت اعني من باع شيئا
فليس له الرجوع اليه فمالك رحمة الله عليه اقوى في هذه المسألة والشافعي انما
ضعف عنده فيها قول مالك لما رواه من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل
به واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد
احدث زيادة مثل ان تكون ارضا يغرس بها او يبني فيها فقال مالك العامل
الزائد فيها هو فوت ومن حق صاحب السلعة شريكا للغرماء وقال الشافعي
بل يخير البائع فيه ان يعطي قيمة ما احدث المشتري في سلعته وياخذها
وان ياخذ اصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتا مما لا يكون
فوتا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما
يكون به الغريم احق من سائر الغرماء في الموت والفلس او الفلس دون الموت
ان الاشياء تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف

فيه

فهل يتعين ام لا وهل لا يتعين فاما العرض فان كان في يد بايعه لم يسلمه حتى افلس
المشتري فهو احق به في الموت والفلس ويخرج من الاختلاف فيه وان كان دفعه
الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من الغرماء في الفلس دون الموت
ولهم عنده ان ياخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعي ليس لهم وقال الشافعي
لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاءوا وكان
الثمن من اموالهم او من مال الغريم وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم واما
العين فهو احق بها في الموت ايضا والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى
بايعه فيه ففلس او مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه احق به كالعرض
في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة
الغرماء وهو قول اشهب والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين واما
ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس واما العمل الذي
لا يتعين فان افلس المستاجر قبل ان يستوفي عمل الاجير كان الاجير احق
بما عليه في الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البايع وقت الفلس
وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير كان اسوة الغرماء باجرته التي شارطه
عليها في الموت والفلس جميعا الا ان يكون بيده السلعة التي استوجر عليها
فيكون احق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان
اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه اجرته فيكون احق به في الفلس دون
الموت كذلك الامر عنده في فلس مكتري الدواب ان المكري احق بما عليها من المتاع
في الموت والفلس جميعا وكذلك مكتري السفينة وهذا كله شبهة مالك
بالرهن وبالجملة فالاختلاف في مذهبه ان البايع احق بما في يديه في الموت والفلس
واحق بسلعته القائمة الخارجة عن يديه في الفلس دون الموت وانه اسوة

الغرماء

الغرماء في سلعته اذا فاتت وعرفت فيشبهه حال الاجير اصحاب مالك بالجملة
كالبايع السلعة وكالبايع الذي في يده فيشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة
التي لم يقبضها المشتري فيقولون هو احق بها في الموت والفلس ومرة يشبهونها
بالتي خرجت من يده ولم تفت فيقولون هو احق بها في الفلس دون الموت ومرة
يشبهون ذلك بالسلعة التي فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء مثال ذلك
اختلافهم فيمن استوجر على سقي حائط فسقاه حتى اثمر الحائط ثم فلس
المستاجر فان في ذلك الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب
ببيع الرقاب هو شيء فيه الحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو
ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للاصول يضعف ولذلك
ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انفرد بها مالك قياس علة
فهو اقوى ولعل المالكية تزعم وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا
كله ليس يليق بهذا المختصر ومما هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون
له في التجارة هل يتبع بالدين رقبته ام لا فذهب مالك واهل الحجاز الى انه انما يتبع
بما في يده لا في رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقي عليه وراى قوم انه يباع وراى قوم
ان الغرماء يخيرون بين بيعه وبين ان يسعى فيما بقي عليه من الدين وبه قال
شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع
رقبته قالوا انما عاملوا الناس على ما في يده فاشبه الحر والذين راوا بيعه شبهوا ذلك
بالجناية التي يجني واما الذين راوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم
شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه فسبب الخلاف تعارض هو تعارض
اقيسة الشبه في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا افلس العبد والمولى معلم
فان الذين يقولون بالفرق بين العبد وبين المولى فالجمهور يقولون بالفرق بين العبد لان الذين

داينوا العبد انما فعلوا ذلك لانه بما راوا اعتقوا العبد من المال والذي داينوا
المولى لم يغتروا بمال العبد ومن راى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو
في الحقيقة للمولى بسبب الخلاف في ذلك مال العبد من ان يكون حكمه حكم مال
الاجنبي او حكمه مال السيد وانما فرضنا يترك للمفلس من ماله وقيل في المذهب
يترك له ما يعيش به هو واهله وولده الصغار الايام وقال في الواضحة والعتبية
الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل
تجب لها بعوض مقبوض وهو الانتفاع بها او بغير عوض وقال سحنون لا
تترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا يترك له الا ما يواريه وفيه
قال ابن كنانة واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب
الفقه او لا كراهية لذلك واما معرفة الديون التي يحاص بها من التي لا يحاص بها على
مذهب مالك فانها تنقسم اولا الى قسمين احدهما ان تكون واجبة عن عوض والثاني
ان تكون واجبة عن غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض
والى غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كان مالا او ارش جناية
فلا خلاف في المذهب ان المحاصة بها واجبة واما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك
ينقسم خمسة اقسام احدها الا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما
ياتي من المدة والثاني الا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفي فيه مثل ان
يكتري من الرجل الدار بالنقد او يكون العرف فيه النقد فيفلس المكتري قبل ان يسكن
او بعد ما سكن بعض السكنى وقبل ان يدفع الكراء والثالث ان يكون دفع
العوض يمكنه ويلزمه مثل راس مال المسلم اليه قبل دفع راس المال والرابع ان يكون
يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها فافلس المبتاع قبل ان يدفعها
اليه البائع والخامس ان لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى
الرجل

الرجل دنانير في عروض الى اجل فيفلس المسلم قبل ان يدفع راس المال وقبل
ان يحل اجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا يحاص به في ذلك الا في مهور
الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول واما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه
دفع ما يستوفي فيه مثل المكتري يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكري المحاصة
بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن وياخذ
داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره واما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه
وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء الواجب له بالعروض ويدفع
وقيل هو احق به وعلى هذا الا يلزمه وهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك
هو اذا كان العوض عينا واما اذا لم يمكنه تعجيل العوض مثل ان يفلس
المسلم وقبل ان يحل اجل السلم فان رضي المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاص
الغرماء براس مال السلم فذلك جائز ان رضي بذلك الغرماء فان ابى ذلك الغرماء
حاص الغرماء براس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض
التي عليه اذا حلت لانه من مال المفلس وان شاءوا ان يبيعوها بالنقد ويتحاصوا
فيه كان ذلك لهم واما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فانه كان منها
غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها واما ما
كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والابناء ففيها قولان احدهما ان المحاصة
لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا كانت بحكم من السلطان
وهو قول اشهب واما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم
في ذلك ان يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء
من جنس واحد او من اجناس مختلفة اذ كان لا يقضى في الديون الا ما
هو من جنس الدين الا ان يتفقوا من ذلك على شيء يجوز واختلفوا من هذا
الباب في فرع مشهور وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء

فيما مصيبته من الغرماء اذا وقعه السلطان وقال ابن القاسم ما احتاج الى
بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه
فضمانه من الغرماء مثل ان يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله
عن مالك وفرق اصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء
وفي الفلس من المفلس فهذا هو القول في اصول احكام المفلس الذي له من المال
ما لا يفي بديونه واما المفلس الذي لا مال له اصلا فان فقهاء الامصار يجمعون
على ان العدم له تاثير في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الا ما حكي عن عمر
بن عبد العزيز ان لهم ان يواجروه وقال به احمد من فقهاء الامصار وكلهم يجمعون
على ان المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه
او يقر له في ذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكي عن ابي حنيفة
ان للغرماء ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس
في الديون وان كان لم يات فيه اثر صحيح لان ذلك امر ضروري في استيفاء الناس
حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة
وهو الذي يسمى بالقياس المرسل وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس
في تهمة خرجه فيما احسب ابو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون
والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى ان للزوج حقا في المال
وخالفه في ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه
وسلم

كتاب الصلح

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى والصلح
خير وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا وموقوفا على
عمر ايضا الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا في جوازه على الانكار

فقال مالك

فقال مالك وابو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز الصلح على الانكار
لانه من باب اكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض
وهو سقوط الخصومة وتوفر اليمين عنه ولا خلاف في مذهب مالك ان الصلح
الذي يقع على الاقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع فيفسد بما تفسد به
البيوع من انواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان
يدعي انسان على اخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما
اشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا او الغرر واما الصلح على الانكار
فالمشهور فيه عن مالك واصحابه انه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثل
ان يدعي انسان على اخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز
عند مالك واصحابه وقال اصبغ هو جائز لان المكروه فيه من الطرف الواحد وهو
من جهة الطالب لانه لا يعترف انه اخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له واما
الدافع فيقول هي هبة مني واما ان اتفق المكروه من الطرفين مثل ان يدعي
كل واحد منهما على صاحبه دنانير او دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم
يصطلحا على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى اجل فهذا
عندهم مكروه اما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل
واحد منهما قد انظر صاحبه لانظار الاخر فيدخله اسلفني اسلفك واما وجه
جوازه فلان كل واحد انما يقول ما فعلت وانما هو تبرع مني وما كان يجب
عليه شيء وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون
يفسخ اذا وقع عليه اثر عقده وان طال مضى والصلح الذي يقع فيه ما لا يجوز
في البيوع هو على مذهب مالك على ثلاثة اقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ

فيكون كل

بسم الله الرحمن الرحيم ؛ يفسخ باختلاف وقيل لا يفسخ باتفاق كما لو لم يعمل
صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم كتاب الكفالة واختلف
العلماء في انواعها وفي عللها وفي وقتها وفي الحكم اللازم منها وفي شرطها وفي
سبب لزومها وفي محلها ولها اسماء كفالة وحمالة وضمان وزعامة فاما انواعها
فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال اما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة
ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكي عن قوم انها ليست لازمة
تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه
الصلاة والسلام الزعيم غارم واما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه
فجمهور فقهاء الامصار على جوازها ووقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكي
عن الشافعي في الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى معاذ الله
ان ناخذ الا من وجدنا متاعنا عنده ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود
وحجة من اجازها عموم قوله الزعيم غارم وتعلقوا ايضا في ذلك بمصلحة وانه مروي
عن الصدر الاول واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون
على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكي عن بعضهم لزوم
ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت حاضرا او غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم
الكفيل شيء وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة قد
يمكن الحميل فيها احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين
الى الثلاثة فقد فرط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم
الحميل بالوجه على ثلاثة اقوال القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم
وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة والقول الثاني انه يحبس الحميل

الى ان ياتي

418

الى ان ياتي به او يعلم موته وهو قول ابي حنيفة واهل العراق والقول الثالث
انه ليس عليه الا ان ياتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك الا يكلف احضاره الا
مع العلم بالقدرة على احضاره بان ادعى الطالب معرفته موضعه على الحميل وانكر
الحميل كلف الطالب معرفته بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل
منه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم
بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل
بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روي
عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر
حتى حاكمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم ادى المال اليه قالوا فقد يجب بهذا الغرم في الحمالة المطلقة واما اهل العراق فقالوا
انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب ان يتعدى ذلك الى المال
الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه الصلاة والسلام المؤمنون عند شروطهم
فانما عليه ان يحضره او يحبس فيه كما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال
او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره
اذا كان احضاره له ممكنا فحينئذ يحبس اذا لم يحضره واما اذا علم ان احضاره له
غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن
ضمن الوجه فالزم المال فهو احرى ان يكون مغرورا فاما اذا اشترط الوجه دون المال
وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما احسب لانه
كان يقول قد التزم ضد ما اشترط فهذا هو ضمان الوجه واما حكم ضمان المال فان
الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم واختلفوا
اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وابو حنيفة واصحابهما
والثوري والاوزاعي واحمد واسحاق للطالب ان يواخذ من شاء الكفيل او المكفول

وقول مالك في احد قوليه ليس له ان ياخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول
اخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الكفالة والحمالة واحدة ومن ضمن عن رجل
مالا لزمه وبرئ المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن
ابي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لمن راى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن
كان المضمون عنه غائبا او حاضرا غنيا او عديما حديث قبيصة بن المخارق
قال تحملت حمالة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسالته عنها فقال نخرجها
عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسالة لا تحل الا في ثلاث وذكر رجلا
تحمل حمالة رجل حتى يوديها ووجه الدليل منه ان النبي صلى الله عليه وسلم
اباح المسالة للمتحمل دون اعتبار المتحمل عنه واما محل الكفالة فهي الاموال
عند جمهور اهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم اعني كفالة المال
وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل الاموال او من قبل حدود مثل
المال الواجب في قتل الخطا او الصلح في قتل العمد او السرقة التي ليس يتعلق
بها قطع وهي ما دون النصاب او ما غير ذلك وروي عن ابي حنيفة اجازة الكفالة
في الحدود والقصاص او في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي اعني كفالة
النفس واما وقت وجوب الكفالة بالمال اعني مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء
على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار واما ببينة واما وقت وجوب
الكفالة بالوجه واختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لا تلزم
قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه
قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات
الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى
بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطي ضامنا بوجهه حتى يلوح
صدقه والا لم يلزم الكفيل الا ان يدعي بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الجمعة

الايام

الايام الى الجمعة وهذا قول ابن القاسم من اصحاب مالك وقال اهل العراق لا يوخذ
عليه حميل قبل ثبوت الحق الا ان يدعي ببينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم
الا انهم حدوا ذلك بالثلاثة الايام ولم يقولوا انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه
حميلا حتى تثبت دعواه او تبطل وفرق الحكم في ذلك والحكم بين الذي يدعي
البينة الحاضرة او الغائبة وقالوا لا يوخذ حميل على احد الا ببينة ذلك يجيء الى
بيان صدق دعواه او ابطالها وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين
الخصمين في ذلك فانه اذا لم يوخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يومن ان يغيب
بوجهه فيغيب طالبه واذا اخذ عليه حميل لم يومن ان تكون الدعوى باطلة فيغيب
المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروي عن
عراك بن مالك قال اقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم
فاصبح القوم وقد فقدوا كذا من ابلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد
الرجلين اذهب واطلب وحبس الاخر فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لاحد الرجلين استغفر لي فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك
في سبيله خرج هذا الحديث ابو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء
على ان ذلك كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس قال ولا يعجبني ذلك الى انه لا يجب
الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب اذا كانت
تهمة لمكان صحبتهما واما اصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف
مشهور الا اختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء لدينه فاجازه
مالك والشافعي وقال ابو حنيفة لا يجوز واستدل ابو حنيفة من قبل ان الضمان
لا يتعلق بمعدوم قطعا وليس كذلك المفلس واستدل من راى ان الضمان يلزمه
بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في صدر الاسلام لا يصلي على من مات
وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يجيزون كفالة المحبوس والغائب

احمد

ولا يصح عند أبي حنيفة وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي
يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون أن يكون الضمان
بإذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا يجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي
لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك والعلماء وأما ما يجوز فيه الحمالة
بالمال فما لا يجوز فإنه يجوز عند مالك بكل حق ثابت في الذمة إلا الكتابة وما
لا يجوز فيه التأخير وما يستوفى شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج
بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين
لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم وإذا أحيل أحدكم على ملي فليتبع
والنظر في شروطها وفي أحكامها ومن الشروط ما اختلفوا في اعتبار رضى المحال
عليه فمن الناس من اعتبر رضاهما معا ومن الناس من لم يعتبر رضى المحال عليه
وهو نقيضه مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضى الصنفين
ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه
كما لا يعتبره مع المحيل أعني إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه وأما داود
فعمدته ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم وإذا أحيل أحدكم على ملي فليتبع والأمر
على الوجوب وهي المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط
التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل
قدرا ووصفا إلا أن منهم من أجاز ذلك في الذهب والدراهم فقط ومنع ذلك في
الطعام قبل أن يستوفى لأنه باع الطعام الذي كان على غريمه بالطعام الذي
كان عليه وذلك قبل أن يستوفيه فمنع ذلك وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان
كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز
إلا أن يكون الدينان حالين وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك

إذا

إذا كان الدين المحال به حالا ولم يعتبر ذلك الشافعي لأنه كالبيع في
ضمانة المستغرقة وإنما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل
أن يستوفى وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة في الطعام وشبهها بالدراهم وجعلها
خارجة عن الأصول لخروج الحوالة في الدراهم والمسئلة مبنية على أن ما شذ عن
الأصول هل يقاس عليه والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند
مالك ثلاثة شروط أحدها أن يكون دين المحال حالا لأنه إن لم يكن حالا كان دينا
بدين والثاني أن يكون الدين يجب له مثل الذي يجب عليه في القدر والصفة لأنه
إذا اختلفا في أحدهما كان بيعا ولم يكن حوالة فخرج من باب الرخصة إلى باب
البيع وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين والشرط الثالث ألا يكون
الدينان طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب
ابن القاسم وإذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما
على الآخر حلت الآجال أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لأنه يدخله بيع
الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا لكن أشهب يقول إن استوت رؤوس أموالهما
جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كما قال إذا اختلفت
ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله في الدين الذي أحاله به
وذلك فيما يجوز له أن يأخذ له منه أو يبيعه أعني أنه لا يجوز له من ذلك إلا
ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحاله مع الذي أحاله عليه ومثال
ذلك أن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم
في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه لأنه إن كان
احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في أنه
لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع وإن كان
احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع

مع من احاله اعني انه بمنزلة ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان له على
غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لا يجوز ان يبيع الطعام الذي احيل
عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وادلة هذه الفروق ضعيفة
واما حكمها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة في انه اذا افلس المحال
عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء وقال مالك واصحابه الا ان يكون
غره المحيل فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات
المحال عليه مفلسا او جحد الحوالة ولم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان
البتي وجماعة وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة كمل كتاب الحوالة
بحمد الله وحسن عونه بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وسلم تسليما

كتاب الوكالة

وفيها ثلاثة ابواب الباب الاول في اركانها
وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الوكيل والموكل الثاني في احكام الوكالة الثالث
في مخالفة الموكل للوكيل الباب الاول الركن الاول في الموكل واتفقوا على
وكالة الغائب والمريض والمراة المالكين لامر انفسهم واختلفوا في وكالة الحاضر
الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الصحيح الحاضر الذكر وبه قال الشافعي وقال
ابو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المراة الا ان يكون العذر جمهور ان الاصل
الا ينوب فعل الغير على فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع
عليه قال لا يجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن راى ان الاصل الجواز قال
الوكالة في كل شيء جائزة الا فيما اجمع على انه لا تصح فيه من العبادات و
ما جرى مجراها الركن الثاني في الوكيل وشرط الوكيل الا يكون ممنوعا بالشرع
من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المراة
عند مالك والشافعي على عقد النكاح اما عند الشافعي فلا مباشرة ولا بواسطة
اي بان توكل هي من يلي عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر

الركن

4 21

الركن الثالث فيما فيه التوكيل وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة
مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة
والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا يجوز
في العبادات البدنية ويجوز في المالية كالزكاة والحج ويجوز عند مالك في الخصومة
على الاقرار والانكار وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز في الاقرار وشبه ذلك بالشهادة
والايمان ويجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع
الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة
على الخصومة هل يتضمن الاقرار ام لا فقال مالك لا يتضمن وقال ابو حنيفة يتضمن
الركن الرابع واما الوكالة فهي عقد تلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود و احمد
ليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في احكام هذا العقد
وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل
العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك انه اذا سمى عنده لم ينتفع بالتعميم
والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما يجوز منها ما
سمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه
الاجماع الباب الثاني في الاحكام اما الاحكام فمنها احكام العقد ومنها
احكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل وله ان
يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن ابو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل
وللموكل ان يعزله متى شاء قالوا الا ان تكون وكالة في خصومة وقال اصبغ له
ذلك ما لم يشرفا على تمام الحكم وليس للوكيل ان يعزل نفسه في الموضع الذي
لا يجوز ان يعزله الموكل وليس من شرط انعقاد هذا العقد حضور الخصم
عند مالك والشافعي وقال ابو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرطه
ثبوتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه ذلك واختلف
اصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين

جاز فقلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا والوكالة
منفسخة في حق من عامله ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال أحدها أنها تنفسخ في حق
الجميع بالموت والعزل الثاني أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت
في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه والثالث أنها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم
الوكيل وإن لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل ولكنه
من دفع إليه شيئا بعد العلم بعزلته ضمنه لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل وأما
أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة أحدها إذا وكل على بيع شيء فهل يجوز
له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك
عند مالك الأب والوصي ومنها إذا وكله في البيع وكالة مفوضة لم يجز له عند
مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ولا يجوز أن يبيع نسيئة أو بغير
نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الأمر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين
البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة
ولم يجز إذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل ونقدا ويشبه
أن يكون أبو حنيفة إنما فرق بين الوكالة على البيع والشراء المطلقة وعلى الوكالة
على شراء شيء بعينه لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل
من ثمن مثله ونسيئة لمصلحة يراها فذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزلته
وقول الجمهور أبين وكل من يعتدي فيه الوكيل ضمن ما تعدى فيه عند من
يرى أنه تعدى وإذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك
ينتقل إلى الموكل وقال أبو حنيفة إلى الوكيل أولا ثم إلى الموكل وإذا دفع
الوكيل دينا على الموكل ولم يشهد فأنكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل
الباب الثالث وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع
المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه إلى الموكل وقد يكون
في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محدود

وقد يكون

وقد يكون في المثمون وقد يكون في تعيين ما أمره بالدفع إليه وقد يكون في دعوى
التعدي فأما إذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع
فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة فإن كان المال قد قبضه الوكيل
من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل
عند مالك وعنه رواية ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وإن كان
قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شيئا وأما إذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل
دفعته إليك وقال الموكل لم تدفعه فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول
الموكل وقيل إن تباعد ذلك فالقول قول الوكيل وأما اختلافهم في مقدار
الثمن الذي أمره به في الشراء فقال ابن القاسم إن لم تفت السلعة فالقول
قول المشتري وإن فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان ويفسخ البيع
ويتراجعان وإن فاتت فبالقيمة وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي
أمره به في البيع فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل لأنه جعل دفع
الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء وأما إذا اختلف فيمن أمره
بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول
قول الآمر وأما إذا فعل الوكيل فعلا هو تعدي وزعم أن الموكل أمره فيه
فالمشهور أن القول قول الوكيل أنه أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل ..

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب اللقطة

والنظر في اللقطة في جملتين الأولى في أركانها والثانية
في أحكامها الجملة الأولى الأركان ثلاثة الالتقاط والملتقط واللقطة
فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال
أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال

أخيه وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروي عن ابن
عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لأمرين أحدهما ما روي أنه صلى الله عليه
وسلم قال ضالة المومن حرق النار والثاني ما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب
لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث
وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها ليعرفها وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل
إن هذا الاختلاف إنما هو إذا كانت اللقطة بين قوم مامونين والإمام عدل قالوا
فإن كانت اللقطة بين قوم غير مامونين والإمام عدل فواجب التقاطها وإن
كانت بين قوم مامونين والإمام غير عدل فهو مخير بحسب ما يغلب على
ظنه من سلامتها أكثر من أحد الوجهين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فإن
العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك
ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها إلا لمنشد لورود النهي في ذلك والمروي في ذلك
لفظان أحدهما لا ترفع لقطتها إلا لمنشد والثاني لا يرفع لقطتها إلا منشد
فالمعنى الواحد أنه لا ترفع إلا لمن ينشدها والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا من
ينشدها ليعرف الناس بها فقال مالك تعرف هاتان اللقطتان أبدا وأما
الملتقط فهو كل حر بالغ مسلم لأنها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز
التقاط الكافر فقال أبو حامد والأصح جواز ذلك في دار الإسلام وقال في
أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز
عموم أحاديث اللقطة وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرض للضياع
كان في عامر الأرض أو في غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل
باتفاق والأصل في اللقطة حديث زيد بن خالد الجهني وهو متفق
على صحته أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن

اللقطة

اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها
وإلا فشأنك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب
قال فضالة الإبل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل
الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث تضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط
ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبهذا استفيد من عمومها
فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط وعلى الغنم أنها تلتقط وترددوا
في البقر والنص عن الشافعي فيها أنها كالإبل وعن مالك كالغنم وأما حكم
التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها بال سنة ما لم يكن من
الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الأمصار مالك والثوري
والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو ثور أنه إذا انقضت السنة كان
له أن يأكلها إن كان فقيرا أو يتصدق بها إن كان غنيا فإن جاء صاحبها كان مخيرا
بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها واختلفوا في الغني
هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعي له ذلك وقال
أبو حنيفة ليس له إلا أن يتصدق بها وروي مثل قوله عن علي وابن
عباس وجماعة من التابعين وقال الأوزاعي إن كان مالا كثيرا جعله في بيت
المال وروي مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر
وعائشة وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر
استدل مالك والشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها ولم يفرق
بين غني وفقير ومن الحجة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد
بن غفلة قال لقيت أبي بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت
النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته

ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرجه
الترمذي وابو داود فاستنفقها. وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث اللقطة
لاصل الشرع وهو انه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن
غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث قال لا تحل له بعد العام ومن غلب ظاهر
الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال
من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف فيها بعد العام
وان كانت عينا فهي على جهة الضمان واما الحكم في دفع اللقطة لمن ادعاها
فاتفقوا على انها لا تدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا
اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة ام لا فقال مالك يستحق بالعلامة
ولا يحتاج الى بينة اصلا وقال ابو حنيفة والشافعي لا يستحق الا
ببينة. وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى
لظاهر الحديث فمن غلب الاصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث
قال لا يحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وابو حنيفة
لان قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها
والاستئناف يحتمل ان يكون انما امر بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده
بغيرها ويحتمل ان يكون انما امر بذلك ليدفعها لمن اتى بهما بالعفاص والوكاء
فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات
المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي ذكرنا وعند مالك واصحابه ان على
صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد
قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء باغيها
ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره

الجهل

الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد واختلفوا ان نقص من العدد
على قولين وكذلك اختلفوا اذا اصاب الصفة وجهل العفاص والوكاء واما اذا غلط
فيها فلا شيء له واما اذا عرف احد العلامتين اللتين وقع النص عليهما
وجهل الاخرى فقيل انه لا شيء له الا بمعرفتهما جميعا وقيل يدفع اليه
بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرئ وان غلط لم يدفع اليه واختلف
المذهب اذا اتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين او بغير يمين
فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين واما ضالة الغنم فان
العلماء اتفقوا على ان لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران
ان ياكلها لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة هي لك او لاخيك او للذئب
واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء يضمن
قيمتها وقال مالك في اشهر الاقوال عنه لا يضمن وسبب الخلاف معارضة
الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هنا غلب الظاهر
وجرى على حكم الظاهر ولم يجر كذلك في التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام
لقوة اللفظ هاهنا وعنه رواية اخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى
اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند اصحابه في ذلك
انها على ثلاثة اقسام قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف
ان تركه كالعين والعروض وقسم لا يبقى ويخشى عليه التلف ان تركه
كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع اليه الفساد وقسم لا يخشى
عليه التلف فاما القسم الاول وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه
التلف فانه ينقسم ثلاثة اقسام احدها ان يكون يسيرا لا بال له ولا قدر
لقيمته ويعلم ان صاحبه لا يطلبه لتفاهته وهذا لا يعرف عنده وهو
لمن وجده والاصل في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

مثل تمرة في الطريق فقالوا الأولى أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفا
وهذا مثل العصا والسوط وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك والثاني
أن يكون يسيرا إلا أن له قدرا ومنفعة فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا
في قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل أياما وأما الثالث فهو أن يكون كثير القدر فهذا
لا اختلاف في وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه
ويخشى عليه التلف فإن هذا يأكله غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما
قلنا والأشهر لا ضمان واختلف إن وجد ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة
فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به أو يأكله
أعني أنه يضمن في الأكل ولا يضمن في الصدقة وأما القسم الثالث فهو كالإبل والأ فضل
عنده فيها الترك للنص الوارد في ذلك فإن أخذها وجب تعريفها والاختيار
تركها قيل في المذهب هو عام في جميع الأزمنة وقيل إنما هو في زمان العدل وأن
الأفضل في زمان غير العدل التقاطها وأما أن [illegible] ضمنها في العلم الذي تعرف
فيه فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت
عنده أنه غير ضامن واختلفوا إذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف
ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر
يضمنها إن هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة
فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان قالوا وقد ثبت أنها وديعة لما جاء
من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال إن جاء صاحبها وإلا فلتكن
وديعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن
عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد
ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فإن جاء صاحبها فهو أحق بها وإلا فهو مال الله
يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو

التقاطه لها من ثلاثة أوجه أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها والثاني أن
يأخذها على جهة الالتقاط والثالث أن لا يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة
الاغتيال فإن أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده وعليه حفظها وتعريفها
فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن إذا ردها
في موضعها فإن ردها في غير موضعها فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة
والقول قوله في تلفها دون يمين إلا أن يتهم وأما إذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن
لها ولكن لا يبرأ من هذا الوجه إلا من قبله وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا
فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه
كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك ويتعلق
بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة
فقال مالك إنها في رقبته إما أن يسلمه سيده فيها وإما أن يفديه بقيمتها
هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول فإن استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه
ولم تكن في رقبته وقال الشافعي إن علم بذلك السيد فهو الضامن وإن لم يعلم
به السيد كانت في رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على
اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا
يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون له أن يرجع بما أنفق [illegible]
أن تكون النفقة على إذن الحاكم وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط
وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب باب في اللقيط والنظر
في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه وقال الشافعي على
صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية وفي وجوب الإشهاد
عليه [illegible] قولان والخلاف مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة

واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وإن كان مميزا ففيه في مذهب الشافعي
تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر يلتقط
الكافر دون المسلم لأنه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق
والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا يلزم نفقة الملتقط على من التقطه
وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقط
في دار المسلمين ويحكم للطفل بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من أسلم أبيه
منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل إنه عبد
لمن التقطه وقيل إنه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل إنه حر وولاؤه للمسلمين
وهو مذهب مالك والذي تشهد له الأصول إلا أن يثبت في ذلك أثر يخصص به الأصول
مثل قوله عليه الصلاة والسلام تحوز المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها
الذي لاعنت عليه. بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد
وآله وصحبه وسلم. كتاب الوديعة. وجل المسائل المشهورة بين
فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة
لا مضمونة إلا ما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على
أنها أمانة أن الله أمر بأداء الأمانات ولم يأمر بالإشهاد فوجب أن يصدق
المودَع المستودِع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع قالوا
إلا أن يدفعها إليه ببينة فكأنه لا يكون القول قوله قالوا لأنه إذا دفعها
إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق
في تلفها ولا يصدق في ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل
عن ابن القاسم إن القول قوله وإن دفعها ببينة وبه قال الشافعي

وأبو حنيفة

وأبو حنيفة وهو القياس لأنه لا فرق بين التلف ودعوى الرد ويبعد أن ينتقض
الأمانة وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها إليه وأما من دفعها
إلى غير اليد التي دفعتها إليه فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك
والأصل في ذلك قول الله عز وجل فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم
فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك إلا أنه يصدق
في ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذي دفعها إليه أو لم يأمره
وقال أبو حنيفة إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع
مع يمينه فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة أعني إذا كان غير المودع وادعى التلف
فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة وهو وكيل المستودع أو إلى
ذمة فإن كان القابض أمينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق
القابض ويكون المصيبة من الآمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع
إلا بإقامة بينة على الدفع أو بإتيان القابض بالمال وأما إن دفع إلى ذمة مثل أن
يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها إلى سلفا أو سلفا في سلعة أو ما أشبه
ذلك فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف وإن كانت
الذمة خربة فقولان والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوي دعوى
المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه أمانة الذي أمره المودع
أن يدفعها إليه أعني الوكيل بأمانة المودع عنده قال يكون القول قوله في
دعواه التلف كدعوى المستودع ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال
لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة
الآمر قال القول قول الدافع المأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب
أبي حنيفة ومن رأى أنه أضعف منه قال الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض
المال وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن وقال العنبري يضمن

وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون
في أشياء هل هي تعد أو ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أنفق
الوديعة ثم رد مثلها أو أخرج النفقة ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان
فالمثل إذا رده وقال أبو حنيفة إن ردها بعينها قبل أن ينفقها أو رد مثلها
ضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعا فمن غلظ الأمر ضمنه
إياها بتحريكها وفيه استنفاقها ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها ومنها
اختلافهم في السفر فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر
وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمنا ولم ينه صاحب الوديعة
ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر فإن فعل ضمن
وقال أبو حنيفة إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لأنه تشبيه بأهل
بيته وله عند مالك أن يستودع ما استودع عند عياله الذين يأمنهم وهم
تحت كنفه من زوج أو ولد أو أمة أو والدة وما أشبههم وبالجملة فعند الجميع
أنه يجب عليه أن يحفظها بما جرت عادة الناس أن يحفظوا أموالهم فما كان بينا
من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه مثل
اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت والأشهر أنه يضمن
وعن ابن وهب أنه من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه
لا ضمان عليه ويختلف المذهب في ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع
أو ينسى من دفعها إليه أو يدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما
وقيل إنه يضمن لكل واحد منهم وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها
عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها للحاكم أو لم يقدر
واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول إن أودعها الغير الحاكم
ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى أنه واجب

اذالم

إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما
يحتاج إليه من مسكن ونفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور
وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه وتجر فيه فربح فيه هل ذلك الربح له حلال أم لا
فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصبا
للمال فضلا عن أن يكون مستودعا عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن
يؤدي الأصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الأصل والربح وقال قوم
هو مخير بين الأصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء
هم الذين أوجبوا التصدق بالربح إذا فاتت فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف
ومن اعتبر الأصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنيه
عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت
المال فتجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضا فأجاب إلى ذلك لأنه قد رأى أنه
قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء أن ذلك عدل بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد نبيه وآله وصحبه وسلم تسليما كتاب العارية
والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها خمسة الإعارة والمعير والمستعير
والمعار والصيغة أما الإعارة فهي فعل خير ومندوب إليه وقد شدد فيها قوم
من السلف الأول وروي عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا
في قوله تعالى ويمنعون الماعون أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم
من الفاس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك وأما المعير فلا يعتبر فيه
إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها أو لمنفعتها والأظهر أنها لا تجوز من المستعير
أعني أن يعيرها وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يعرف
بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لا تجوز إعارة الجواري

للاستمتاع ويكره للاستخدام الا ان تكون ذات محرم وصيغة العارية هي كل لفظ
يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وابي حنيفة اي للمعير ان يسترد عاريته
اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة
ما لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزم من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل
تلك العارية وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة
واما الاحكام فكثيرة واشهرها هل هي مضمونة او امانة فمنهم من قال انها مضمونة
وان قامت البينة على اتلافها وهو قول اشهب والشافعي واحد قولي مالك ومنهم من
قال نقيض هذا وهو انها ليست مضمونة اصلا وهو قول ابي حنيفة ومنهم من قال
يضمن فيما يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على اتلافه وهو قول مالك المشهور
وابن القاسم واكثر اصحابه وسبب الخلاف تعارض الاثار في ذلك وذلك انه ورد في الحديث
انه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن امية بل عارية مضمونة مؤداة وفي بعضها
بل عارية مؤداة وما روي عنه انه قال ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث
صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة
لمنفعة الدافع وهذه لمنفعة القابض واتفقوا في الاجارة انه لا يكون ضمان في العارية ان
سلم ان سبب الضمان في الاجارة هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما
فاحرى ان لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذا كانت منفعة الدافع موازية واسقاط
الضمان واختلفوا اذا اشترط الضمان فقال قوم يضمنون وقال مالك لا يضمن والشرط
باطل وحكي عن قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي يجب فيه عليه الضمان
ان يلزم اجرة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية
الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بان يخرجها في ضمانه
فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف مالك والشافعي اذا غرس

المستعير

المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعارها اليها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء
اخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان
مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط
او بالعرف والعادة وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته
بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه او ينقضه بارش او يتملك ببدل وايهما
اراد المعير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه النقض
عند خلاف لانه معرض للنقض وراى الشافعي ان اخراج المستعير بالقلع دون ارش
نقض ظلم وراى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف في ذلك ينزل منزلة الشرط
وعند مالك انه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال الماذون فيه
ضمن ما نقصها الاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسال جاره ان يعير
جداره ليغرز فيه خشبة تنفعه ولا يضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به
المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وابو حنيفة لا يقضى له به اذ العارية
لا يقضى بها وقال الشافعي واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث يقضى
بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره ثم يقول
ابو هريرة ما لي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا ايضا
بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض
فاراد ان يمر به في ارض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك انت تمنعني وهو
لك منفعة تشرب منه اولا واخرا ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر
ابن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسلمة فامره ان يخلي سبيله فقال محمد
لا فقال عمر لم تمنع اخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر
والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمر

بن يحيى المازني عن ابيه انه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان
يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن
بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي ومالك الا في خلافه بهذه الاحاديث في موطاه وترك
الاخذ بها وعمدة من الكوفي وابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم
الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وخاصة
حديث ابي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب اولى لان بناء العام على الخاص انما
يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يوخذ
بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويوخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل
الربيع وذلك لانه راى ان تحويل الربيع ايسر مما يدخل عليه بما يريد لم يكن قبل وهذا
كان يحسبه غرضنا والله المستعان بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم

كتاب الشفعة

والنظر في الشفعة
اولا في قسمين القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي اركانه والثاني في احكامه فاما
وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث
الثابتة واركانها اربعة في الشافع والمشفوع عليه والمشفوع به وصفة الاخذ
بالشفعة الركن الاول وهو المشفوع فيه اتفق العلماء المسلمون على ان الشفعة
واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك وتحصيل مذهب
مالك في ثلاثة انواع احدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين
والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر وفحل النخل
ما دام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنده وهو ان يكون الاصل الذي هو
الارض مشاعا بينه وبين من يكره غير مقسوم والثالث ما تعلق بهذه كالثمار
وفيه عنه خلاف وكذلك الارض التي زرع وكتابة المكاتب واختلف عنه في الشفعة
في الحمام والرحا واما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده

وكذلك

429

وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا عرصة الدار واختلف عنه في كراء الدور وفي المساقات
وفي الدين هل يكون الذي عليه الدين احق وكذلك الذي عليه الكتابة وبه قال عمر بن
عبد العزيز وروي عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين
وبه قال اشهب من اصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولا يختلفون
في ايجابها في الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار على ان لا شفعة الا في العقار
وحكي عن قوم ان الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل والموزون ولم يجز ابو حنيفة
الشفعة في البئر والفحل واجازها في العرصة والطريق ووافق الشافعي مالكا
في العرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفه في الثمار وعمدة الجمهور في قصر
الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة فيما لم ينقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه
قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم ينقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب
وقد اجمع العلماء عليه في هذه المواضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال
به واما عمدة من اجازها في كل شيء فما خرجه الترمذي عن ابن عباس ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ولان معنى ضرر الشركة
والجوار موجود في كل شيء وان كان في العقار اظهر ولما لحظ ذلك مالك اجرى ما
يتبع العقار مجرى العقار واستدل ابو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روي
لا شفعة في بئر ومالك حمل هذا الاثر على ابار الصحاري التي تعمل في الارض الموات
لا التي تكون في ارض متملكة الركن الثاني ذهب مالك والشافعي واهل المدينة
الى ان لا شفعة الا للشريك ما لم يقاسم وقال اهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس
بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطرق او في الصحن
شركة ثم الجار الملاصق وقال اهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم

وعمدة اهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد
بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين
الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر ايضا ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة
خرجه مسلم والترمذي وابو داود واحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري
عن ابي سلمة بن عبد الرحمن اصح ما روي في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل
مالك احب الي اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم
هذا الاختلاف عن ابن شهاب في اسناده توهينا له وقد روي عن مالك في غير
الموطأ عن ابن شهاب عن ابي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ما ذكر فيه من انه
اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه ان كانت الشفعة غير واجبة للشريك
المقاسم فهي احرى الا تكون واجبة للجار وايضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم
وعمدة اهل العراق حديث ابي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الجار
احق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وابو داود عنه عليه الصلاة
والسلام انه قال جار الدار احق بدار الجار وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم
ايضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من قبل
الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب ان يلحق به ولاهل المدينة ان
يقولوا وجود الضرر في الشركة اعظم منه في الجار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول
تقتضي الا يخرج ملك احد من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص
وقد تعارضت الاثار في هذا الباب فوجب ان يرجع الى ما شهدت له الاصول
ولكلا القولين سلف متقدم فلاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة
من الصحابة واما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على ان من انتقل اليه الملك بشراء

من شريك

من شريك غير مقاسم او من جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل
اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك
بعوض كالبيع والصلح والمهر واروش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعي
وعنه رواية ثانية انها تجب في كل ملك انتقل بعوض او بغير عوض كالهبة
لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق
واما الحنفية فالشفعة عندهم في البيع فقط وعمدة الحنفية ظواهر الاحاديث
وذلك ان مفهومها يقتضي انها في المبيعات بل ذلك نص فيها فان في بعضها
لا يبيع حتى يستأذن شريكه واما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض
فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية انه اعتبر الضرر فقط واما الهبة
للثواب فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة ولا الشافعي اما ابو حنيفة فلان
الشفعة عنده في المبيع فقط واما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة
واما مالك فلا خلاف عنده وعند اصحابه في ان الشفعة فيها واجبة
واتفق العلماء على ان البيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع
ان الشفعة لا تجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال
الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص
من ملكه وابانه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه وقيل ان الشفعة
عليه لانه ضامن وبه قال جماعة من اصحاب مالك واختلف في الشفعة
في المساقات الركن الرابع في الاخذ بالشفعة والنظر في هذا الركن فيما يأخذ
فانهم اتفقوا انه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان
البيع الى اجل هل يأخذ الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل او يأخذ المبيع
بالثمن حالا او هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا او يأتي
بضامن ملي وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة

والاثنان الى وقت الاجل وهو قول الكوفيين وقال الثوري لا ياخذها الا
بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها
فاذا بلغ الاجل اخذها الشفيع والذين راوا الشفعة في سائر المعاوضات
فيما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه ياخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض
فيما ليس متقررا مثل ان يكون معطى في خلع واما ان يكون معطى في شيء يتقرر
ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه ياخذه بقيمة ذلك
الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محدودا بالنقد فالشفيع
اخذه بذلك القدر مثل ان يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه او منقلة فانه
ياخذه بدية الموضحة او المنقلة واما كم ياخذ فان الشفيع لا يخلو ان يكون واحدا
او اكثر والمشفوع عليه ايضا لا يخلو ان يكون واحدا او اكثر فاما ان كان الشفيع
واحدا والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع ان ياخذ
الكل او يدع واما ان كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء اكثر من واحد
فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين احدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه
بينهم والثاني اذا اختلفت اسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا
عن الشفعة ام لا مثل ان يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لانهم
اهل سهم واحد وبعضهم لانه عصبة فاما المسالة الاولى وهي كيفية توزيع
المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجمهور اهل المدينة يقولون ان المشفوع
فيه يقسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من اصل المال الثلث
مثلا اخذ من الشقص ثلثه بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع اخذ الربع وقال
الكوفيون هي على عدد الرؤوس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ
الاكثر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين ان الشفعة حق يستفاد وجوبه
بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل اصله الاكرية في المستاجرات

المشتركة

في المشتركة والربح في شركة الاموال وايضا فان الشفعة انما هي لازالة الضرر والضرر
داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته
فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب
الشفعة انما تلزم بنفس الملك فيستوي في ذلك اهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم
في نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه انه يقوم
على المعتقين على السوية اعني حظ من لم يعتق واما المسالة الثانية فالقائلون
اختلفوا في دخول الاشراك الذين لهم عصبة في الشفعة مع الاشراك الذين
شركتهم من قبل السهم فقال مالك اهل السهم الواحد احق بالشفعة اذا باع
احدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل العصبة
في الشفعة على اهل السهام المفروضة ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب
مثل ان يموت ميت ويترك عقارا يرثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت
الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ
الذي باعت اختها فقط دون ابني العم وان باع احد ابني العم نصيبه يشفع
فيه البنات وابن العم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال اهل الكوفة
لا يدخل ذوو السهام على العصبة ولا العصبة على ذوي السهام وهو الذي اختاره
المزني وبه قال المغيرة من اصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه
صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوي سهم من عصبة
ومن خص ذوي السهم من العصبة فانه راى ان الشركة مختلفة الاسباب
اعني بين ذوي السهام وبين العصبة فشبه الشركات المختلفة في صورها
بالشركات المختلفات من قبل محالها ومن ادخل ذوي السهام على العصبة
ولم يدخل العصبة على ذوي السهام فهو على استحسان على غير قياس ووجه
الاستحسان انه راى ان ذوي السهام اقعد من العصبة واما اذا كان

المشفوع عليه اثنان فاكثر واراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثاني
فقال ابن القاسم ليس له ان ياخذ الكل او يدع وقال ابو حنيفة واصحابه والشافعي
له ان يشفع على ايهما احب وبه قال اشهب فاما اذا باع رجلان شقصا
من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثاني فان ابا حنيفة
منع ذلك وجوزه الشافعي واما اذا كان الشفعاء اكثر من واحد اعني الاشراك
فاراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقون في البيع فالجمهور على ان المشتري له ان
يقول للشريك اما ان تشفع في الجميع او تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب
حظه الا ان يوافقه المشتري على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على
المشتري ان لم يرض بتبعيضها وقال اصبغ من اصحاب مالك انه ان كان ترك
بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع الا ان ياخذ حصته فقط
ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غايبا وبعضهم حاضرا
فاراد الحاضر ان ياخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا ان ياخذ الكل او يدع
فاذا قدم الغايب فان شاء اخذ وان شاء ترك واتفقوا على ان من شرط الاخذ
بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها
ان تكون موجودة حال البيع وان تكون ثابتة ايضا قبل البيع فاما المسئلة
الاولى وهو اذا لم يكن شريكا في حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ
بالشفعة لسبب من الاسباب التي لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع
الحظ الذي كان به شريكا فروى اشهب ان قول مالك اختلف في ذلك فمرة
قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار اشهب انه لا شفعة
له وهو قياس قول الشافعي والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو
ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له
الشفعة اذا كان قيامه في امد يرى ان الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه

حصته

حصته واما المسالة الثانية وصورتها ان يستحق انسان شقصا في ارض
قد بيع منها قبل وقت استحقاق شقصه منها هل له ان ياخذ بالشفعة
ام لا فقال قوم ليس له ذلك لانه وجب له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا في
ذلك كانت يده عليه او لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما تثبت له في
حال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا ياخذ الغلة من المشتري
واما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو
استحسان واما متى تجب الشفعة فان الذي تجب له الشفعة رجلان حاضر
وغايب فاما الغايب فاجمع اهل العلم ان الغايب على شفعته ما لم يعلم ببيع
شريكه واختلفوا اذا علم وهو غايب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم
لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روي ان النبي صلى الله عليه من حديث
جابر انه قال الجار احق بصقبه او قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غايبا و
ايضا فان الغايب في الاكثر معوق بالاخذ على الشفعة فوجب عذره ومن الحجة
الثاني ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها واما الحاضر
فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وابو حنيفة
هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وامكن الطلب ولم
يطلب بطلت الشفعة الا ان ابا حنيفة قال ان اشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى
واما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف
قوله في هذا الوقت هل هو محدود ام لا فمرة قال غير محدود لانها لا تنقطع
ابدا الا ان يحدث المبتاع بناء او تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت
ومرة حدد هذا الوقت فروي عنه السنة وهو الاشهر وقيل اكثر من سنة و
قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما
روي انه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة كحل العقال وقد روي الشافعي

ان حدها ثلاثة ايام وان من لم يسقط الشفعة بالسكوت فاعتمدوا على ان السكوت
لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن احواله ما يدل على اسقاطه وهذا
كان اشبه باصول الشافعي لانه عنده انه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول
قايل وان اقترنت به احوال تدل على رضاه ولكنه فيما احسب اعتمد الاثر فهذا
هو القول في اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الاحكام القول
في احكام الشفعة وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف
بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون
الى انه لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعي واهل الحجاز الى انها موروثة
قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسألة في مسألة الرد بالعيب
ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري او على البائع فقال مالك
والشافعي هي على المشتري وقال ابن ابي ليلى هي على البائع وقال ابو حنيفة هي على من
توجد في يده وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول بيع المشتري
وصحته فوجب ان يكون عليه العهدة وعمدة الفريق الثاني ان الشفعة انما وجبت
للشريك بنفس البيع فطروها على البيع يفسخ له وعقدهما واجمعوا على ان الاقالة
لا تبطل الشفعة من راى انها بيع ومن راى انها فسخ اعني الاقالة واختلف
اصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال
اشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا احدث المشتري بناء وغرسا وما يشبهه
في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب بشفعته فقال مالك لا شفعة
له الا ان يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وابو حنيفة
هو متعد وللشفيع اما ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا او ياخذه بنقضه
والسبب في الخلاف تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بناء
شبيه تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في

الارض

الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق قال لم يكن
له الا ان ياخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له اما ان ياخذ نقضه او
يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ
الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته باقل
ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لان الشفيع مدع
والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقال القول قول الشفيع
لان المشتري قد اقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف
له به واما اصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة فقال ابن القاسم القول
قول المشتري اذا اتى بما يشبه باليمين فان اتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع
وقال اشهب اذا اتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين
وحكي عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد
في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل اذا اتى المشتري بما لا يشبه رجع
الشفيع الى القيمة وكذلك فيما احسب اذا اتى كل واحد منهما بما لا يشبه
واختلفوا اذا اتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم
يسقطان معا ويرجع الى الاصل من ان القول قول القاسم يسقطان المشتري
مع يمينه وقال اشهب البينة بينة المشتري لانها زادت علما كمل كتاب الشفعة
بحمد الله وحسن عونه بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم كتاب القسمة والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى واذا حضر
القسمة اولو القربى وقوله مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا وقول رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما دار قسمت في الاسلام ان انقسم فهي على قسم الاسلام
والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر في القسمة
في ابوابه الاول في انواع القسمة الثاني في تعيين نوع من انواعها الثالث في معرفة احكامها

الباب الاول والنظر في القسمة تنقسم اولا الى قسمين قسمة رقاب الاموال
والثاني قسمة منافع الرقاب القسم الاول من هذا الباب فاما قسمة الرقاب التي
لا تكال ولا توزن فتنقسم بالجملة الى ثلاثة اقسام قسمة قرعة وتعديل وقسمة
مراضاة بعد تعديل وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل واما ما يكال
او يوزن فبالكيل والوزن القسم الثاني واما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة اقسام
الى ما لا ينقل ولا يحول وهو الرباع والاصول والى ما ينقل ويحول وهي الرباع
والاصول والى ما ينقل ويحول وهذا قسمان اما غير مكيل وموزون وهو
الحيوان والعروض واما مكيل وموزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول الاول في
الرباع الثاني في العروض والثالث في المكيل والموزون الفصل الاول فاما الرباع
والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضي وبالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق اهل
العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمة
لا تخلوا ان تكون في محل واحد او في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف
في جوازها اذا انقسمت الى اجزاء متساوية بالصفة ولم ينقص منفعة الاجزاء
بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك واما اذا انقسمت الى ما لا منفعة فيه
فاختلف في ذلك مالك واصحابه فقال مالك انها تنقسم بينهم اذا دعى احد منهم
الى ذلك ولو لم يصر الى واحد منهم الا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن
كنانة من اصحابه فقط وهو قول ابي حنيفة والشافعي وعمدته في ذلك قوله
تعالى مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا وقال ابن القاسم لا يقسم الا ان يصير لكل
واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة
وان كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل
واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة في حظ بعضهم ما
ينتفع به وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعى

صاحب

صاحب النصيب القليل او الكثير الى القسمة وقيل يجبر ان دعى صاحب النصيب
القليل ولا يجبر ان دعى صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو
ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة
اخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك احد الشريكين وبه قال اشهب
وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله
صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وعمدة من راى القسمة قوله تعالى مما قل
منه او كثر نصيبا مفروضا ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن ابيه لا تعضية
على اهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم
واما اذا كانت الرباع اكثر من واحد فلا يخلوا ايضا ان يكون من نوع واحد او مختلفة
الانواع فاما اذا كانت متفقة الانواع فقسمت بالتقويم والتعديل وقال ابو حنيفة
والشافعي بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه اقل للضرر الداخل على
الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار تعينه بنفسه لانه تتعلق
به الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في الانفاق وان تباعدت عرت
مواضعها على ثلاثة اقوال واما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور
ومنها حوائط ومنها ارضون فلا خلاف في انها لا تجمع في القسمة بالسهمة ومن شرط
قسمة الحوائط المثمرة الا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب
لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الشجر وذلك مزابنة فاما قسمتها قبل
بدو الصلاح ففيه اختلاف بين اصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك
قبل الابار بحال من الاحوال ويعتل لذلك بانه يؤدي الى طعام بطعام متفاضلا
ولذلك لم يجز ما لم يشتر الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقدا واما ان
كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده ان يشترطه احدهما على الاخر ان ما وقع
من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على
الشركة والعلة في ذلك انه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز
قبل الابار فكان احدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمر التي وقعت

لشريكه واشتراط الثمرة وصفة القسم بالقرعة ان يقسم الفريضة وتضرب
وان كان فيها كسر الى ان تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من
غراسها ثم يعدل على اقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع اجزاء ثلاثة
اجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفة و
عدلت كتبت في بطائق اسماء جهة اخذ منها وقيل يرمى بالاسماء في الجهات فمن
خرج اسمه في جهة اخذ منها فان كان اكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم
حظه فيه وهي حال قرعة المساهمة في الرقاب والمساهمة انما جعلها الفقهاء في
القسمة تطييبا لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها
قوله تعالى فساهم فكان من المدحضين وقوله وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم
ايهم يكفل مريم ومن ذلك الاثر الثابت الذي جاء فيه ان رجلا اعتق ستة
اعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث
ذلك الرقيق واما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تقويم وتعديل او بغير
تعديل وتقويم فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع
وانما يجوز فيها ما يجوز في البيوع

الفصل الثاني في العروض

واما الحيوان والعروض
فاتفق الفقهاء على انه لا تجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك
واختلفوا اذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منها ولم يتراضيا بالانتفاع
على الشياع واراد احدهما ان يبيع معه صاحبه فقال مالك واصحابه يجبر على
ذلك فان اراد احدهما ان ياخذ بالقيمة التي اعطي فيه اخذه وقال اهل الظاهر
لا يجبر لان الاصول تقتضي ان لا يخرج ملك احد من يده الا بدليل من كتاب او سنة
او اجماع وحجة مالك ان في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل
وقد قلنا في غير موضع انه ليس يقول به احد من فقهاء الامصار الا مالك
ولكنه كالضروري في بعض الاشياء واما اذا كانت العروض اكثر من جنس واحد
فاتفق الفقهاء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل
والسهمة فاجازها مالك واصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز

بن ابي سلمة

بن ابي سلمة الماجشون واختلف اصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه
السهمة من الذي لا تجوز فيه فاعتبر اشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض
واما ابن القاسم فاضطرب قوله فمرة اجاز القسم بالسهمة فيما يجوز بعضه في بعض
فجعل القسمة بالسهمة فيما اخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم
وقد قيل ان مذهبه ان القسمة في ذلك اخف وان مسائله التي تمنع من قبلها ان
القسمة عنده اشد من السلم تقبل التاويل على اصله الثاني وذهب ابن حبيب
الى انه يجمع في القسمة ما تقاربت من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان
واجاز اشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي وذلك ضعيف لان الغرر
لا يجوز بالتراضي

الفصل الثالث

واما المكيل والموزون فلا تجوز القرعة فيه
باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل ايضا لا يخلو ان يكون صبرة واحدة او صبرتين فيهما
فان كان صنفا واحدا فلا يخلو ان تكون قسمته على الاعتدال بالكيل
او الوزن اذا دعا الى ذلك احد الشركاء ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على
التفضيل البين كان ذلك من الربوي او من غير الربوي اعني الذي لا يجوز فيه
التفاضل ويجوز ذلك بالمكيال المعلوم والمجهول ولا تجوز قسمته جزافا
بغير كيل ولا وزن واما ان كان قسمته تحريا فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز
في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا واما ان لم يكن
ذلك صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل
فلا يجوز قسمتها على جهة الجمع الا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة
بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل
فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من المكيال المعلوم وهذا كله على مذهب
مالك لان اصل مذهبه ان الربا والتفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل
القمح والشعير واما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال
والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف او الصنجة المعروفة اعني على
جهة الجمع ان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة التراضي واما

فواجب الحكم فلا يقسم كل صبرة الا على حدة واما اذا قسمت كل صبرة على حدة
جاز قسمتها بالمكيال المجهول والمعلوم فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب
القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع فاما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة
على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من ابى منهما ولا تكون القرعة على قسمة المنافع
وذهب ابو حنيفة واصحابه الى انه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند
الجميع من المهايآت وذلك اما بالازمان واما بالاعيان فاما قسمة المنافع بالازمان
فهو ان ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه واما
قسمة الاعيان بان يقتسما الرقاب على ان ينتفع كل واحد منهما بما حصل له في
مدة محدودة والرقاب باقية على اصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع
بالزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون
بعض الاغتلال والانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض
وذلك ايضا فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك واصحابه في المدة الكثيرة ويجوز
في اليسيرة وذلك في الاغتلال والانتفاع واما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز
في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع واختلفوا في المدة
اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاستخدام ولا يجوز المدة الكثيرة والدور والارضين
يجوز للسنين المعلومة والاجل البعيد واما الاغتلال فقيل اليوم الواحد
وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد واما الاستخدام فقيل يجوز في مثل الخمسة
الايام وقيل في الشهر واكثر من الشهر قليلا واما التهايؤ في الاعيان بان يستعمل
هذا دارا مدة من الزمان وهذا دارا تلك المدة بعينها فقيل يجوز في سكنى
الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء الا في الزمان اليسير وقيل
لا يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول في استخدام العبيد والدواب
يجري القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالزمان فهذا هو القول في انواع
القسمة بالرقاب وفي الشروط المصححة والمفسدة ويبقى مما في هذا الكتاب
القول في الاحكام القول في الاحكام والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز لك

للمتقاسمين

للمتقاسمين نقضها والرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ عليها ثلاثة غبن او
وجود عيب او استحقاق فاما الغبن فلا يوجب الفسخ الا في قسمة القرعة باتفاق
في المذهب الا على قول بعض من يرى ان له تاثيرا في البيع فيلزم على مذهبهم ان يؤثر في
القسمة واما الرد بالعيب فانه لا يخلو على مذهب ابن القاسم ان يجد العيب
في جل نصيبه او في اقله فان وجده في جل نصيبه فانه لا يخلو ان يكون النصيب الذي حصل
لشريكه قد فات او لم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة
واخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة
وعادت الشركة على اصلها وان كان العيب في اقل ذلك رجع ذلك الاقل على اصل الشركة
فقط فان كان سواء فات نصيب صاحبه او لم يفت ورجع على شريكه بنصف
قيمة ذلك الرد ولا يرجع في شيء مما في يديه وان كان قائما وبه قال اشهب
والذي يعيب الرد بالعيب قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز ابن الماجشون
وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لان التي
بالتراضي هي بيع واما التي بالقرعة فهي تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب
ان تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب
ان كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه
وان كان فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وان كان يسيرا رجع عليه
بنصف قيمة ذلك الشيء وقال غيره اذا استحق ما في يد احدهما بطلت القسمة
في قسمة القرعة لانه قد تبين ان القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون
في العيب واما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على الشركة بعد
القسمة او دين والوصية او دين ووارث فان اصحاب مالك اختلفوا في ذلك فاما
طرو الدين فالمشهور في المذهب هو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الا
ان يتفق الورثة على ان يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم
باقية بايديهم او لم تكن هلكت بامر من السماء او لم تهلك وقد قال اشهب

ان القسمة انما تنتقض فيما بقي في يده حظه ولم يهلك بامر من السماء وان اما من
هلك حظه بامر من السماء فلا يرجع اليه بشيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة
بما بقي في ايديهم بعد تادية الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله لقول
الله سبحانه من بعد وصية يوصى بها او دين وقيل تنتقض الا ان يخرج من اعطى
منه ما ينوبه من الدين وهذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة واما طرو الوارث
على التركة بعد القسمة وقيل ان يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة
واخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا او موزونا وان كان حيوانا او عروضا
انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يديه بغير سبب منه
فقيل يضمن وقيل لا يضمن كمل كتاب القسمة بحمد الله وحسن عونه

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الغصب وفيه بابان الباب الاول في الضمان وفيه ثلاثة
اركان الاول الموجب للضمان والثاني ما فيه الضمان والثالث الواجب في الضمان
واما الباب الثاني فهو في الطوارئ على المغصوب الباب الاول واما الموجب للضمان
فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب او لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف
واما اثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان
اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به او لا وذلك مثل ان يفتح
قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران او لم يهجه
وقال ابو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعي بين ان يهيجه على الطيران
او لا يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر
بئرا فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث يكون
حفره تعديا ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجيء على اصل ابي حنيفة
انه لا يضمن في مسألة الطائر وهل يشترط او لا يشترط الاشهر ان الاموال
تضمن عمدا او خطأ وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب

وهل

وهل يشترط فيه ان يكون مختارا المعلوم عند الشافعي انه يشترط ان يكون مختارا
ولذلك يرى على المكره الضمان اعني المكره على الاتلاف الركن الثاني واما ما يجب
فيه الضمان فهو كل مال اتلفت عينه او تلفت عند الغاصب بامر من السماء او سلطت
اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل
العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعني انها ان انهدمت الدار ضمن قيمتها
وقال ابو حنيفة لا يضمن وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب عليها مثل
كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل
حكم ذلك واحدا قال لا ضمان الركن الثالث وهو الواجب في الغصب والواجب على
الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرده بعينه
وهذا لا خلاف فيه واذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على انه اذا كان مكيلا وموزونا
على الغاصب المثل اعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال
مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال
الشافعي وابو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم
المثل وعمدة مالك حديث ابي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم
من اعتق شقصا له من عبد قوم عليه قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه
انه لم يلزمه المثل والزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى فجزاء مثل
ما قتل من النعم ولان منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدي
عليه ومن الحجة لهم ما خرجه ابو داود من حديث انس وغيره ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارسلت اخرى امهات المؤمنين
جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فاخذ
النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الاخرى وجعل فيها
جميع الطعام وهو يقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي
في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا

فرجع القصعة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث اخر ان عائشة
كانت التي غارت وكسرت الاناء وانها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم
ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام

الباب الثالث

والحوادث على المغصوب اما زيادة واما نقصان وهذان اما من قبل المخلوق واما من
قبل الخالق فاما النقصان الذي يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان ياخذه ناقصا
او يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان ياخذه ويضمن الغاصب قيمة العيب
واما ان كان النقص بجناية الغاصب في المغصوب فالمغصوب عليه مخير في المذهب
بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او ياخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية
عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب
الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة او ياخذه ناقصا ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب
بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل
المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من
نماء او نقصان كانه حدث على ملك صحيح فاوجب الغلة له ولم يوجب عليه في
النقصان شيئا سواء كان من سببه او من عند الله وهو قياس قول ابي حنيفة
وبالجملة فقياس قول من يضمنه يوم الغصب فقط وجعل المغصوب مضمونا
على الغاصب في كل ان كانت يده عليه اخذه بارفع القيم واوجب عليه رد
الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله او من عند الله وهو قول الشافعي
او قياس قوله ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب وبين التي تكون
بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فهو قياس الشبه
لانه راى ان جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان يتكرر منه
كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الخلاف في هذا الباب فقف
عليه واما لو كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب
عليه مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب

الجاني وبين ان يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على
العين في يد الغاصب واما الجناية على القيمي من غير ان يغصبها غاصب فانها
تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيرا من المنفعة والمقصود
من الشيء فان هذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحا
ويقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين واما ان كانت الجناية مما تبطل
الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء اسلمه للجاني واخذ قيمته
وان شاء اخذ قيمة الجناية وقال ابو حنيفة والشافعي ليس له الا قيمة
الجناية وسبب الخلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف
اكثر المنفعة باتلاف العين واما النماء فانه على قسمين احدهما ان يكون
بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب والثاني
ان يكون بما احدثه الغاصب فاما الاول فانه ليس بفوت واما النماء بما احدثه
الغاصب في الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك
الى قسمين احدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ
والنقض في البنيان وما اشبه ذلك والثاني الا يكون قد جعل فيه من ماله سوى
العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت
فاما الوجه الاول وهو ان يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة فانه
ينقسم على وجهين احدهما ان يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على
حاله كالبقعة يبنيها وما اشبه ذلك والثاني الا يقدر على اعادته
كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فالمغصوب
منه مخير بين ان يامر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة
ماله فيها مما جعله من نقض او غيره وبين ان يعطي الغاصب قيمة
ماله فيها من النقض مقلوعا بعد اخراج القلع وهذا اذا كان الغاصب
ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بعبيده وانما يستاجر عليه وقيل انه لا يحط
من ذلك اجر القلع هذا اذا كانت له قيمة وان لم تكن له قيمة لم يكن

للغاصب على المغصوب فيه بشيء، لأن من حق المغصوب عليه أن يغير للغاصب
ما غصب منه على هيئته فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال. وأما الوجه الثاني
فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن
يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه
ذلك من الطعام فلا يجوز ذلك فيه لأنه يدخله من الربا ويكون ذلك مضمونا على
الغاصب فيه بالمثل أو القيمة فيما لا مثل له. وأما الوجه الثالث من التقسيم
الأول وهو أن يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى
العمل فإن ذلك ينقسم قسمين أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به
الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفو له والثاني أن يكون العمل
كثيرا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا أو
القمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه
الأول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء معمولا وأما
الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه
أو مثله فيما له مثل هذا تحصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهب
يجعل ذلك كله للمغصوب أصله مسألة البنيان فيقول إنه لا حق للغاصب
فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرقع والنسج والدباغ والطحن وقد
روي عن ابن القاسم أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب
وقد قيل إنهما يكونان شريكين هذا بقيمة صبغه وهذا بقيمة ثوبه
إن أبى أن يدفع قيمة الصبغ وأبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب وأنكره
ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال إن الشركة لا تكون إلا
فيما كان بوجه شبهة وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم
إلا أنه يعين الشركة ينقضه ويقول إنه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ
إن أمكنه وإن نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان
وأصول الشرع تقتضي ألا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه

وسواء

وسواء كان منفعة أو عينا إلا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام
ليس لعرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهوم الأول أنه ليس له منفعة متولدة
متولدة
بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعني ماله المتعلق بالمغصوب وهذا حكم
الواجب في عين المغصوب نفسه ولم يتغير وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في
المذهب على قولين أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب والثاني أن
حكمها بخلاف حكم الشيء المغصوب فمن ذهب إلى أن حكمها حكم الشيء
المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول إنه يلزمه من الغلة يوم
قبضها أو أكثر ما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه
أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب وأما الذين
ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا في حكمها
اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لا ضمان على
الغاصب وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه وتحصيل
مذهبهم هو أن في حكم الغلة أن الغلل تنقسم ثلاثة أقسام أحدها غلة
متولدة عن الشيء لا على صورته وهو ثمر النخل ولبن الماشية وجبنها
وصوفها وغلة غير متولدة بل هي منافع وهي الأكرية والخراجات وما أشبه
ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده
كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب وإنما اختلفوا إذا ماتت
الأم فقال مالك هو مخير بين الولد أو قيمة الأم وقال الشافعي يلزمه الولد
وقيمة الأم وهو القياس وأما ما كان على غير خلقة الأصل وصورته
ففيه قولان أحدهما أن ذلك للغاصب والثاني أنه يلزمه رده مع الشيء
المغصوب إن كان قائما أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله
فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمنه قيمته ولا شيء
له من الغلة وبين أن يأخذ الغلة ولا شيء له من القيمة وأما ما كان غير متولدة

فاختلفوا فيه على خمسة أقوال أحدها أنه يلزمه رده جملة من غير تفصيل
والثاني أنه لا يلزمه رده من غير تفصيل والثالث أنه يلزمه إن أكرى
ولا يلزمه إن انتفع أو عطل والرابع يلزمه إن أكرى أو انتفع ولا يلزمه
إن عطل والخامس الفرق بين الحيوان والأصول أعني أنه يرد قيمة منافع
الأصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة
مع بقائها وقيامها وأما ما اغتل منها بتصريفها فيربح فالغلة له قولا
واحدا في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب منه وهذا أيضا إذا قصد غصب
الأصل وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق
ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى وكان مما يزال به أو مما
لا يزال به وقال أبو حنيفة إنه تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها
فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديه
وهذا قوله في مثل ما يغل ويحول لأنه يرى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار
في ذمته فجازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر فيه من المال
المغصوب وإن كان الفرق بينهما الذي تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول
عينه وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم
في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة
والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هو
خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه بعيب فأراد الذي صرفه عليه أن يرد
المشتري غلته وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أو يحمل
على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور فمن قصر هذا
الحكم على سببه قال إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إليه الإنسان
بشبهة مثل أن يشتري شيئا فيستغله فيستحق منه وأما ما صار
إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم وليس لعرق ظالم

حق

حق فيجمع بهذا الحديث في الأصل وخصص الثاني وأما من عكس الأمر
قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذي خرج
عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق بأن جعل
ذلك في الرقبة دون الغلة فقال لا يرد الغلة الغاصب وأما من المعنى فما تفرع
من قولنا والقياس أيضا يقتضي أن المنافع والأعيان المتولدة مجراها واحد أو أن يعتبر
التضمين أو لا يعتبر وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان
وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه
أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس
لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما غرس في أرض الغير وروى
أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا
الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما
نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله
منها قال فلقد رأيتها وإنها لتضرب بالفؤوس وإنها لنخل عم
حتى أخرجت منها والمروي في المشهور عن مالك أن من زرع زرعا في أرض غيره
وفات أوان زرعه لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء
الأرض وقد روي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله إن كان
مما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وإن الزريعة للمغصوب يكون الزرع على هذا
للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته
وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروي عن
رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام من زرع في أرض قوم بغير إذنهم
فله نفقته وليس له من الزرع شيء واختلف العلماء في الغاصب فيما أنفقه

المواشي والدواب على أربعة أقوال أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن
لما أفسدته والثاني لا ضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل
ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت
ولا ضمان في المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي
وبلا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان بالإطلاق قال الليث
إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروي عن
عمر رضي الله عنه وعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان أحدهما
قوله تعالى وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم
والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب
من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا والثاني مرسله عن ابن شهاب
أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وأن ما أفسدت المواشي
بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام
العجماء جرحها جبار قال الطحاوي وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها
محفوظة فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا
أن تكون الغنم في المسرح وأما إذا كانت في أرض بلا مسرح فهم يضمنون ليلا
ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له
وذلك أنه تعد من المرسل والأصول على أن على المتعدي الضمان ووجه من فرق
بين المنفلت وغير المنفلت بين فإن المنفلت لا يملك فسبب الخلاف في هذا
الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع بعضها لبعض أعني أن الأصل
يعارضه جرح العجماء جبار ويعارضه أيضا التفرقة التي في حديث البراء والتفرقة
التي في حديث البراء تعارض قوله جرح العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب

المشهورة

المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروي عن عمر بن
الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها وكتب إلى شريح بأمره بذلك وبه قال
الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك بل فيها ما أصيب من
البهيمة ما نقص من ثمنها قياسا على التعدي في الأموال والكوفيون اعتمدوا
في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا إذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له
من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه
إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف فسبب الخلاف إذا معارضة القياس لقول
الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يخافه
الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرم أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه
إذا بين أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري يضمن قيمته على كل
حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع
المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه
قود وإذا أهدر في النفس كان أحرى في المال لأن النفس أعظم حرمة من المال
وقياسا أيضا على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب
الشافعي وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها أصله المضطر
إلى طعام الغير ولا حرمة للبهيمة من جهة ما هي عوض ونفس ومن هذا الباب
اختلافهم في المكرهة على الزنى هل على مكرهها مع الحد الصداق أم لا فقال
مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا وقال أبو حنيفة والثوري
عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة الشافعي أنه وجب
عليه حقان حق الله وحق الآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة
التي يجب بها غرم المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق
فيتعلق في ذلك بمعنيين أحدهما أنه إذا اجتمع حقان حق الله وحق المخلوق
سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجتمع على السارق

غرم وقطع والمعنى الثالث ان الصداق ليس مقابل القطع وانما هو عبادة اذا كان
النكاح شرعيا واذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع
ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها
بناء يساوي اضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي
يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال
ابو حنيفة يفوت بالقيمة كقول مالك في غير المغصوب بصناعة لها
قيمة كثيرة وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة وهنا
انقضى هذا الكتاب بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم

كتاب الاستحقاق

وجل النظر في هذا الكتاب في معرفة احكام الاستحقاق وتحصيل اصول احكام
هذا الكتاب ان الشيء المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء
في الشرع لمستحقه اذا صار الى ذلك الانسان الذي استحق ما بيده الشيء
المستحق بشراء انه لا يخلو ما ان يستحق من ذلك الشيء اقله او
كله او جله ثم اذا استحق منه كله او جله فلا يخلو ان يكون قد تغير
عند الذي هو بيده بزيادة او نقصان او يكون لم يتغير ثم لا يخلو
ايضا ان يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن او بمثمون فاما ان كان
استحق منه اقله فانه انما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه
بقيمة ما استحق من يده وليس له ان يرجع بالجميع واما ان استحق
جله او كله فان كان لم يتغير اخذه المستحق ورجع المستحق من يده
على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان
كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان
تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان
الحال المستحق قد بيع فللمستحق ان يمضي البيع ويأخذ الثمن او يأخذه

بعينه

بعينه هذا حكم المستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق فان تغير
الشيء المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة او نقصان فاما ان كان
تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده
الشيء او بزيادة من ذات الشيء فاما الزيادة من ذات الشيء
فيأخذها المستحق مثل ان يسمن العبد او الجارية واما من قبله
فمثل ان يشتري الدار فيبني فيها فيستحق من يده فهو مخير بين ان يدفع
قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه او بين ان يدفع اليه المستحق من
يده قيمة ما استحق او يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق
وهذا بقدر قيمة ما بنى او غرس وبه قضى عمر بن الخطاب واما ان
كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشتري امة
فيولدها ثم تستحق منه او يتزوجها على انها حرة فتكون امة فانهم
اتفقوا على ان المستحق ليس له ان يأخذ عين الولد واختلفوا في اخذ
قيمته واما الام فقيل يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها واما ان
كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف ان المستحق له ان يأخذها
ويرجع الزوج بالصداق على من غره واما اذا ادى مثله قيمة الولد لم يرجع
بذلك على من غره لان الغرر لم يتعلق بالولد واما غلة الشيء المستحق
فانه اذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف ان الغلة للمستحق منه
واعني بالضمان انه يكون من خسارته اذا هلكت عنده واما ان كان
غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعضه
ملكه بيده فانه يرد الغلة واما ان كان غير ضامن الا انه ادى في ذلك ثمنا
مثل العبد يستحق بيده فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان

احمد

انه لا يقضى اذا لم يجبر على من يرجع واما متى وقت تجب الغلة للمستحق فقيل
يوم الحكم وقيل يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة
تجب للمستحق في احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فاختلف في
هذا الوقت الثمر وله يطيب بعد فقيل انها للمستحق ما لم تطب وقيل ما لم
تيبس وقيل انها للمستحق ما لم تجذ وقيل ما لم يرجع اليه بما سقى وعالج
المستحق من يده وبعد ان كان اشترى الاصول قبل الابار واما ان كان
اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم وان جذ ويرجع
بالسقي والعلاج وقال اشهب هي للمستحق ما لم تجذ والارض اذا استحقت
بالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في ابان زريعة الارض واما
اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه واما ان كان تغير
بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق
من يديه واما ان كان افاد له ثمنا مثل ان يهدم الدار فيبيع بعضها ثم
يستحقها من يده رجل فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض قال القاضي
ابو الوليد ولم اجد في هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب
مالك واصحابه وهي اصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على اصول الغير
انه اذا كان المستحق منه مشتريا بعوض وكان العوض قد ذهب ان يرجع
المستحق من يده بعوض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون في جميع المتلفات
المثل وكذلك يجيء على اصول الغير ان يرجع على المشتري اذا استحق منه
قليل او كثير لانه لم يدخل على التبعيض ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض
انقضى القول وبلغ التصحيح بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا
محمد وآله وصحبه وسلم كتاب الهبات والنظر في الهبة في اركانها

وفي شروطها

وفي شروطها وفي انواعها وفي احكامها ونحن انما نذكر من هذه الاجناس ما فيها
من المسائل المشهورة فنقول اما الاركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب
له والهبة اما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب
صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا في
حال المرض وفي حال السفه والفلس اما المريض فقال الجمهور انها في
ثلثه تشبيها بالوصية اعني الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من
السلف وجماعة اهل الظاهر ان هبته تخرج من راس ماله اذا مات وليس
خلاف بينهم انه اذا صح من مرضه ان الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث
عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي اعتق ستة اعبد
عند موته فجاءهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتق ثلثهم وارق الباقي
وعمدة اهل الظاهر استصحاب الحال اعني حال الاجماع وذلك انهم لما
اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض
الا ان يدل دليل من كتاب او سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية
والامراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند
مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب
البحر المرتج وفيه اختلاف واما الزمنة فليس فيها عندهم تحجير وقد تقدم
هذا في كتاب الحجر واما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول
بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية واما الموهوب فكل شيء صح ملكه
واتفقوا على ان للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا في تفضيل
الرجل بعض اولاده على بعض في الهبة او في هبة جميع ماله لبعضهم دون
بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك ولكن اذا وقع عندهم
جاز وقال اهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله

دون بعضهم ودليل اهل الظاهر حديث النعمان ابن بشير وهو حديث متفق
على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه والحديث انه قال ان اباه بشيرا اتى
به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم فارجعه واتفق مالك والبخاري ومسلم على
هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض الفاظ روايات هذا
الحديث انه قال عليه الصلاة والسلام هذا جور وعمدة الجمهور ان الاجماع
منعقد ان للرجل ان يهب في صحته جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل
على الوجوب فاوجب عندهم مفهوم الحديث النهي على ان يخص الرجل بعض
اولاده بجميع ماله وسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ
النهي وذلك ان النهي يقتضي عند الاكثر صيغة التحريم كما يقتضي الامر
الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين القياس والسماع حمل الحديث على الندب
وخصص مفهومه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس
انه يجوز تخصيص عموم السنة به وكذلك العدول بها عن ظاهرها اعني
ان يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية واما اهل الظاهر
فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث فقالوا بتحريم التفضيل
في الهبة واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع فقال مالك والشافعي
واحمد وابو ثور تصح وقال ابو حنيفة لا تصح والشافعي عمدة الجماعة ان القبض
فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة ابي حنيفة ان القبض فيها لا يصح الا مفردا
كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع
الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن
واما الهبة فلا بد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له

ان يكون

ان يكون ممن يصح قبوله وقبضه واما الشروط فاشهرها القبض اعني العلماء
اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد ام لا فاتفق الثوري والشافعي
وابو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال
مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تانى الموهوب
عن طلب القبض حتى افلس او مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل
ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام في الفور كان له الموهوب فمالك القبض
عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وابي حنيفة من
شروط الصحة وقال احمد وابو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من
شروطها اصلا لا شرط تمام ولا شرط صحة وهو قول اهل الظاهر وقد روي
عن احمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكيل والموزون فعمدة من لم
يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع وان الاصل في العقود الا قبض مشترط
في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض
ان ذلك مروي عن ابي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم وهو
نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى مالك عن عمر ايضا انه قال ما
بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالي
بيدي لم اعطه احدا وان مات هو قال لابني قد كنت اعطيته اياه من نحل نحلة
فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة وهو قول علي
قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف واما مالك فاعتمد
الامر [illegible] بين مجموع القياس وما روي عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هي
عقد من العقود لم يكن عنده شرط من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت

الصحابة في القبض لسر الذي ربيعة التي ذكرها عمر جعل القبض من شرط التمام
أو من حق الموهوب له وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على
الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الأمصار أن الأب يحوز لابنه الصغير
الذي في ولاية نظره وللكبير السفيه ما وهبه له كما يحوز له ما وهبه غيره وأنه يكفي في
الحيازة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب و
الفضة وفيما لا يتعين والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب
عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ
أن يحوز نحلته فأعلن ذلك وأشهد عليها فهي جائزة وإن وليها وقال مالك وأصحابه
لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس إن لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر
العروض بمثل قول الفقهاء أعني أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاده وأما الذهب
والورق فاختلف الرواية فيه عن مالك فروي عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرجه الأب
عن يده إلى يد غيره وروي عنه أنه لا يجوز إلا إذا جعلها في ظرف أو إناء وختم
عليها بخاتمه وأشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي
يقوم في ذلك مقام الأب واختلفوا في الأم فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الأب
ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم به وبه قال أبو حنيفة وقال
الشافعي الجد بمنزلة الأب والجدة عند عدم الأب وعدم الأم تقوم مقام الأم والأم
عنده تقوم مقام الأب

القول في أنواع الهبات

والهبة منها ما هي هبة عين
ومنها ما هي هبة منفعة وهبة العين منها ما يقصد به الثواب ومنها
ما لا يقصد به الثواب ما يقصد به وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق
فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها وإنما اختلفوا في أحكامها وأما

هبة

هبة الثواب فاختلفوا فيها فأجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي
وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هو بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا
مجهول الثمن فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز
ومن لم ير أنها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط
وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم
فقيل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزم إلا أن يرضيه
وهو قول عمر على ما سيأتي بعد فإذا اشترط فيه الرضى فليس هنا بيع انعقد
والأول هو المشهور عن مالك فأما إذا لزم القيمة فهنا بيع انعقد وإنما يحمل
مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل
أن يهب الفقير للغني أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب وأما هبات
المنافع فمنها مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط
فيها ما بقيت حياة الموهوب وهذه تسمى العمرى مثل أن يهب رجل
رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال أحدها أنها
هبة مبتوتة أنها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد
وجماعة والقول الثاني أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة فإذا مات عادت الرقبة
للمعمر أو لورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنه إذا ذكر العقب عادت إذا انقطع
العقب إلى المعمر أو إلى ورثته والقول الثالث أنه إذا قال هي عمرى لك ولعقبك
كانت الرقبة ملكا للمعمر فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر
للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف
الآثار ومعارضة الشرط والعمل للآثار أما الآثار ففي ذلك حديثان أحدهما
متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها أبدا
لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث وعمدة الحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الأنصار أمسكوا عليكم أموالكم
ولا تعمروها فمن أعمر شيئا حياته فهو له حياته ومماته وقد روي عن جابر بلفظ
آخر لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو لورثته فحديث أبي الزبير
عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضا للشرط في العمرى
إلا أنه يحمل أنه أقل في المخالفة وذلك أن ذكر العقب يوهم تسبيب القطيعة
فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ومن غلب الشرط
قال بقول مالك وأما من قال إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب
ولا تعود إن ذكر فإنه أخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبي الزبير عن جابر
فيختلف فيه عن رواية أبي الزبير عن جابر وأما إذا أتى بلفظ الإسكان
فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على أن الإسكان عندهم
أو الإخدام بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب فسوى مالك بين الإسكان
والتعمير وكذلك الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في
أنها لا تنصرف إلى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمرى والحجة أن الإسكان
والتعمير المفهوم منهما واحد وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب
بخلافه إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر القول
في الأحكام ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة
وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر
ما وهبه لابنه ما لم ينكح الابن أو لم يستحدث دينا وبالجملة ما لم يترتب
عليه حق الغير وأن للأم أيضا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيا وقد روي

عن مالك

عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد أن يعتصر
ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي
وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار
فعمدة من لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة
والسلام العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الأبوين احتج
بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد
وقاس الأم على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال
غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة وأما من أجاز الاعتصار لذي
الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال من
وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى
أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها وقالوا أيضا
وإن الأصل أن من وهب شيئا من غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد إلا ما
اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على أن من تصدق على
ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها وفي مرسلات مالك أن رجلا من الأنصار
من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل
عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال أجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج
أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وإنها ماتت وتركت تلك
الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب أجرك ورجعت إليك بالميراث وقال
فرقة من أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام
لعمر لا تشتره للفرس الذي تصدق به فإن العائد في هبته كالكلب يعود

في قيمته والحديث متفق على صحته وإن الرجوع في الهبة ليس من محاسن
الخلق إنما بعث الشارع ليتمم محاسن الخلق كما روي وهذا كاف
في هذا الباب .. بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم أولا قسمين القسم
الأول في الأركان والثاني في الأحكام ونحن فإنما نتكلم من هذه فيما وقع
فيها من المسائل المشهورة القول في الأركان والأركان أربعة الموصي والموصى له
والموصى به والوصية أما الموصي فإنهم اتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك
ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب وقال أبو حنيفة
لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر
تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية
لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز
لغير القرابة فقال جمهور العلماء إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهة وقال
الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال إسحاق وحجة هؤلاء
ظاهر قوله تعالى للوالدين والأقربين والألف واللام تقتضي الحصر واحتج
الجمهور عليهم بحديث عمران بن حصين المشهور عليهم وهو أن رجلا
أعتق أعبدا له في مرضه عند موته لا مال له غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله
عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة وأجمعوا
كما قلنا أنه لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا إذا أجازتها
الورثة فقال الجمهور تجوز وقال أهل الظاهر والمزني لا تجوز وسبب
الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وإن أجازها
الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة وتردد في هذا

الخلاف

الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث
هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في الوصية للميت وفي الوصية
للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب فرع مشهور وهو إذا دخل الورثة في
عيال الميت أو لا يكونوا أغنياء إن كانوا في عياله كلهم إلى جوع والثلاثة
الأقوال في المذهب القول في الموصى به والنظر في جنسه وقدره أما جنسه فإنهم
اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار
ذلك جائز وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة
وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع
منتقلة إلى ملك الوارث لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد
في ملك غيره وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر وأما القدر فإن العلماء
اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا
فيما لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وإنما
صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث لما ثبت عنه
صلى الله عليه وسلم أنه عاد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ
مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير إنك أن تذر
ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس
لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا في
المستحب من ذلك فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة
والسلام في هذا الحديث الثلث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف

قال قتادة اوصى ابو بكر بالخمس واوصى عمر بالربع والخمس احب الي واما من
ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا ما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في اعمالكم وهذا
الحديث ضعيف عند اهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض الناس في الوصية
من الثلث الى الربع لكان احب الي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث
والثلث كثير واما اختلافهم في جواز الوصية باكثر من الثلث لمن لا وارث له فان
مالكا قال لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعي واختلف فيه قول احمد واجاز ذلك ابو حنيفة
واسحاق وهو قول ابن مسعود وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة
التي علله بها الشرع او ليس بخاص وهو الا يترك ورثته عالة يتكففون الناس
كما قال عليه الصلاة والسلام لان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة
يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه
العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة او جعل جميع المسلمين في هذا
المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث القول
في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لرجل
آخر بعد موته او عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية او لم يصرح وهذا العقد
عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق اعني ان للموصي ان يرجع فيما اوصى به
الا المدبر على ما سياتي في كتاب التدبير فانهم اختلفوا فيه واجمعوا على انه لا يجب
للموصى له الا بعد موت الموصي واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط فيها او لا
فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط في صحة الوصية وروي عن الشافعي انه
ليس القبول شرطا ومالك شبهها بالهبة القول في الاحكام وهذه الاحكام
منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية

واختلافهم

اختلافهم في حكم من اوصى بثلث ماله لرجل وعين ما اوصى له به في ماله ما هو
الثلث فقال الورثة ذلك الذي عينه اكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون
ما بين ان يدفعوا اليه ذلك الذي عينه الموصي او يعطوه الثلث من جميع مال
الميت وخالفه في ذلك ابو حنيفة والشافعي وابو ثور واحمد وداود وعمدتهم
ان الوصية قد وجبت له بموت الموصي وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن
ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان
صدق الورثة فيما ادعوا وما احسن ما رواه ابو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة
وذلك انه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك اخذ منه
الموصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى له وكان شريكا للورثة وان كان
الثلث فاقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا في ان ذلك الشيء الموصى به
هو دون الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان يدفعوا اليه ما اوصى
له او يقطعوا له بجميع ثلث مال الميت اما في ذلك الشيء بعينه واما في جميع
المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال ابو حنيفة والشافعي له
ثلث تلك العين ويكون بما بقي شريكا للورثة في جميع ما ترك الميت حتى
يستوفي تمام الثلث وسبب اختلافهم ان الميت لما تعدى في ان جعل وصيته
في شيء بعينه فهل الاعدل في حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية او يقطعوا له
الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله او يبطل التعدي ويعود ذلك
الحق مشتركا وهذا هو الاولى اذا قلنا ان التعدي هو في التعيين لكونه اكثر
من الثلث اعني الواجب ان يسقط التعيين واما ان يكلف الورثة اما امضاء
التعيين او التخلي عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم
فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها واذا اوصى بها فهل هي من الثلث

او من راس المال فقال مالك ان لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها واذا اوصى بها فهي
من الثلث ولم يلزم الورثة اخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين
من راس المال شبهها الشافعي بالدين لقول النبي صلى الله عليه وسلم
فدين الله احق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك
جعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو اخرجها
في الحياة انها من راس المال ولو كان في السياق وكان مالكا اتهمه هنا على الورثة
اعني في توصيته باخراجها قال لو اجيز هذا لجاز للانسان ان يوخر جميع زكاته طول
عمره حتى اذا دنا من الموت وصى به واذا اجتمعت الوصايا الزكاة قدمت عند
مالك على ما هو اضعف منها وقال ابو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء اذا ليس
في المحاصة واتفق مالك وجميع اصحابه على ان الوصايا التي يضيق عنها الثلث
اذا كانت مستوية انها تتحاص في الثلث واذا كان بعضها اهم من بعض قدم
الاهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسابية
المشهورة في هذا الباب اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ورد الورثة الزائد
فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما اخماسا وقال
ابو حنيفة يقتسمان الثلث بالسوية وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث
الساقط يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن
قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذا كان مشاعا قال يقتسمان
المال اخماسا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال يقتسمون الباقي
على السواء ومن مسائلهم الفقهية في هذا الباب اذا اوصى بجزء من ماله وله مال
لا يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون بما علم به دون ما لم يعلم
وعند الشافعي تكون في المالين وسبب الخلاف هل اسم المال الذي يوصى به

يتضمن

يتضمن ما علم وما لم يعلم او ما علم فقط والمشهور عند مالك ان المدبر يكون
في المالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة كلها راجع
الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعد موته باولاده
وان هذه الخلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصي بها يفعل

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الباب فيمن يرث ومن لا يرث ومن
يرث فهل يرثه دائما او مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم
يرث وهل يختلف ذلك مع وارث وارث او لا يختلف والتقسيم في هذا
يمكن على وجوه كثيرة فنسلك اكثرها اهل الفرائض والسبيل الحاضرة
في ذلك ان نذكر حكم جنس جنس من اجناس الورثة اذا انفرد وذلك الجنس وحكمه
مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان تنظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه
ثم تنظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين فاما الاجناس الوارثة
فهي ثلاثة ذو نسب واصهار وموال فاما ذو النسب فمنها ما اتفق عليها
ومنها ما مختلف فيها اما المتفق عليها فهي الفروع اعني الاولاد والاصول
اعني الآباء والاجداد ذكورا واناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت في الاصل
اعني الاخوة ذكورا واناثا والمشاركة للاب الادنى او الابعد في اصل واحد
وهم الاعمام وبنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء
اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة اما الرجال فالابن
وابن الابن وان سفل والاب والجد اب الاب وان علا والاخ من اي جهة كان
اعني للام والاب او لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل
والزوج ومولى النعمة واما السبع من النساء فالابنة وابنة الابن وان
سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة

والموالات واما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب
الله ولا عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنو الاخوات وبنات الاخوة وبنات
الاعمام والعم اخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والعمات والخالات
والاخوال فذهب مالك والشافعي واكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من
الصحابة انهم لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة
والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الافاق الى توريثهم والذين قالوا
بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب ابو حنيفة واصحابه الى توريثهم على
ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من ادلى
منهم بذي سهم او عصبة بمنزلة السبب الذي ادلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض
لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الاصل ان لا يثبت فيها شيء الا بكتاب
او سنة ثابتة او اجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة واما الفرقة
الثانية فزعموا ان دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس اما الكتاب
فقوله تعالى واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقوله تعالى للرجال
نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون
واسم القرابة ينطلق على ذوي الارحام ويرى المخالف ان هذه مخصوصة بآيات
المواريث واما من السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب انه
كتب الى ابي عبيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله
مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له واما من طريق المعنى فان
القرباء من اصحاب ابي حنيفة قالوا ان ذوي الارحام اولى من المسلمين لانهم
قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الشقيق على الاخ
للاب اعني ان من اجتمع له سببان اولى ممن له سبب واحد واما ابو زيد
ومتاخرو اصحابه فشبهوا الارث بالولاية فقالوا

لما كانت

450

لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الفروض
والعصبات لذوي الارحام وجب ان تكون لهم ولاية الوراثة وللفريق الاول
اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذا قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر
جنس من اجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الاصول من المسائل المشهورة
المتفق عليها والمختلف فيها ميراث الصلب واجمع المسلمون على ان ميراث الولد
من والديهم والذي لهم ان كانوا ذكورا واناثا معا هو ان للذكر مثل حظ الانثيين
وان الابن الواحد اذا انفرد له جميع المال وان البنات اذا انفردن فان كانت
واحدة ان لها النصف وان كانت ثلاثا فما فوقهن فلهن الثلثان واختلفوا في
الاثنتين فذهب الجمهور الى ان لهما الثلثين وروي عن ابن عباس انه قال للبنتين
النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين
فلهن ثلثا ما ترك هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة
او الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقتان بحكم الواحدة وقد
قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روي عن ابن عبد الله
بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله وجابر ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى
البنتين الثلثين قال فيما احسبه ابو عمر وعبد الله بن عقيل قد قبل جماعة
من اهل العلم حديثه وخالفهم اخرون وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى
يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى قوله وان كانت واحدة فلها
النصف واجمعوا من هذا الباب على ان بني البنين يقومون مقام البنين عند
فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الا شيء روي عن مجاهد انه قال ولد الابن
لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجبه الولد نفسه ولا الزوجة من الربع
الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس واجمعوا على انه ليس لبنات الابن
ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات الصلب الثلثين واختلفوا

البنتين

إذا كان في بنات الابن ذكر ابن ابن في درجتهن أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الأمصار
إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات المتوفى فيقتسمون المال للذكر مثل
حظ الأنثيين وبه قال علي رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب
أبو ثور وداود إلى أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقي لابن الابن دون
من في مرتبته واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذا للذكر مثل
حظ الأنثيين إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى إلا السدس
وعمدة الجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأن ولد
الولد ولد من طريق المعنى أيضا لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة
المال فوجب أن يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اقسموا المال بين أهل الفرائض على
كتاب الله عز وجل فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر واحتج أيضا بأن بنت
الابن لما لم ترث منفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لا ترث مع غيرها
وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح وأما قول ابن مسعود
فمبني على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس
لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حجة قريبة من
حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو أدنى
منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن إلا إن كان في مرتبتهن وجمهور
العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنت الصلب وبنت ابن أو بنات ابن
ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت
الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن
الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بني الابن ومع البنات
فيما دون الثلثين وفوق النصف بالتعصيب فيهن إذا كن مع بني الابن

انه قيل

انه قيل يرثن وقيل لا يرثن وإذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا وقيل لا يرثن تعصيبا
إلا أن يكون أكثر من السدس وإذا قيل يرثن فقيل أيضا إذا كان الابن في درجتهن وقيل
كيفما كان والمنفصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة
الثلثين فقيل يرثن وقيل لا يرثن ميراث الزوجات وأجمع العلماء على أن ميراث
الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو أنثى
إلا ما ذكر عن مجاهد وأنها إن تركت ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها
إذا لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فإن ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن وأنه
ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد وبهذا الحكم ورد النص
في قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم الآية ميراث الأب والأم وأجمع
العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال وأنه إذا انفرد الأب والأم
كان للأم الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى فلأمه الثلث وأجمعوا على أن
فرض الأبوين من ميراث ابنهما إن كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان أعني
لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما
ترك إن كان له ولد والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الأنثى وخالفهم
في ذلك من شذ وأجمعوا على أن الأم لا ينقصها مع ذوي الفرائض من السدس وله
ما زاد وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم تحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس
لقوله تعالى فإن كان له إخوة فلأمه السدس واختلفوا في أقل ما يحجب
الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة فذهب علي رضي الله عنه وابن مسعود
إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن
عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث

الى السدس والخلاف ايل الى اقل ما ينطلق عليه اسم الاخوة هما اثنان اعني
قوله تعالى فان كان له اخوة ولا خلاف ان الذكر والانثى يدخلان تحت اسم
الاخوة في الاية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتاخرين لا ينقل الام من الثلث
الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم
الاخوة الا ان يكون معهن اخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة
هو جمع اخ والاخ ذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذي يحجب
الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى ابوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس
للاب مع الاربعة الاسداس وروي عن ابن عباس ان ذلك السدس للاخوة الذين
حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس في الاصول من يحجب ولا ياخذ ما حجب الا الاخوة
مع الاب وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو
القياس واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالغراوين وهي فيمن ترك
زوجة وابوين او زوجا وابوين فقال الجمهور في الاولى للزوج الربع وللام
الثلث ما بقي وهو السدس وهو قول زيد والمشهور من قول علي رضي الله
عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من راس المال وللام الثلث منه ايضا
لانها ذات فرض وللاب ما بقي لانه عاصب وقال ايضا في الثانية للزوج
النصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب ما بقي وبه قال شريح القاضي
وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا انفردا
بالمال كان للام الثلث وللاب الباقي وجب ان يكون الحال كذلك فيما بقي من
المال وكانهم راوا ان يكون ميراث الام اكثر من ميراث الاب خروج عن الاصول
وعمدة الفريق الاخر ان الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب

لبسالة

ليست له فرض محدود مع ذوي الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق
التعليل اظهر واعني بالتعليل ههنا ان يكون احد سببي الانتساب اولى بالايثار
اعني الاب من الام ميراث الاخوة للام واجمع العلماء على ان الاخوة للام اذا انفرد
الواحد منهم ان له السدس ذكرا كان او انثى وانهم ان كانوا اكثر من واحد فهم شركاء في
الثلث على السوية للذكر مثل حظ الانثيين سواء واجمعوا على انهم لا يرثون مع
الاربعة وهم الاب والجد ابو الاب وان علا والبنون ذكرانهم واناثهم وبنو البنين و
ان سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او
امراة وله اخ او اخت الاية وذلك ان الاجماع انعقد على ان المقصود بهذه
الاية هم الاخوة للام فقط وقد قرى وله اخ او اخت من امه وكذلك اجمعوا فيما
احسبه ههنا على ان الكلالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من عمود
النسب اعني الاباء والاجداد والبنين وبني البنين ميراث الاخوة للاب والام
او للاب واجمع العلماء على ان الاخوة للاب والام او للاب فقط يرثون في الكلالة
ايضا وان الاخت اذا انفردت فلها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في
البنات وانهم ان كانوا رجالا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال
البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة
الاية الا انهم اختلفوا في معنى الكلالة في اشياء واتفقوا منها في اشياء نذكرها هنا
ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم اجمعوا من هذا الباب على ان الاخوة للاب و
الام ذكرانهم كانوا او اناثا لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد
الولد ولا مع الاب شيئا واختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنات
او البنات فذهب الجمهور الى انهم عصبة يعطون ما فضل عن
البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة الى ان الاخت لا ترث مع
البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله

احمد

عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن واخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة
الثلثين وما بقي فللاخت وايضا من جهة النظر لما اجمعوا على توريث الاخوة مع
البنات فكذلك مع الاخوات وعمدة الفريق الاول قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد
وله اخت فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد ههنا
على الذكور دون الاناث واجمع العلماء من هذا الباب على ان الاخوة للاب والام
يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بني الابناء مع بني الصلب قال ابو عمر
وفي ذلك حديث حسن من رواية الاحاد العدول لعلي رضي الله
عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون
دون بني العلات واجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملا الثلثين
فانه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الصلب مع بنات الابن وادلة
الفريقين في هذه المسئلة هي تلك الادلة باعيانها واجمعوا على ان الاخوات للاب
يقمن مقام الاخوات للاب والام عند فقدهن كالحال في بني البنين مع البنين
وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن يبدا بمن له فرض مسمى ثم يكون الباقي للذكر
مثل حظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي التي تعرف بالمشتركة
فان العلماء اختلفوا فيها وهي امراة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها
لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون الزوج
النصف والام السدس والاخوة للام الثلث فيستغرق فرض المال فيبقى الاخوة
للاب والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث مع الاخوة
للام يقسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء
الامصار مالك والشافعي والثوري وكان علي رضي الله عنه وابي بن كعب
وابو موسى الاشعري لا يشركونهم في الثلث في هذه الفريضة ولا يوجبون لهم
شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار ابو حنيفة وابن ابي ليلى

واحمد

واحمد وابو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون
الاخوة للام في الام فوجب الا ينفردوا دونهم لانهم اذا اشتركوا في السبب الذي
يورثون به وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الاشقاء عصبة
فلا شيء لهم اذا احاطت الفرائض بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك
زوجا واما واخا لام واخوة اشقاء عشرة او اكثر ان الاخ للام يستحق
ها هنا السدس كاملا والسدس الباقي بين الباقين مع انهم مشاركون له
في الام فقط الاختلاف في اكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك
الالفاظ فيما فيه نص ميراث الجد واجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وانه
يقوم مقام الاب عند عدم البنين وانه عاصب مع ذوي الفرائض واختلفوا اهل
يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق او حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس
وابو بكر رضي الله عنهما وجماعة الى انه يحجبهم وبه قال ابو حنيفة وابو ثور والمزني
وابن شريح من اصحاب الشافعي وداود وجماعة واتفق علي بن ابي طالب رضي الله
عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا انهم اختلفوا
في كيفية ذلك على ما اقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفاقهما في المعنى
اعني من قبل ان كليهما اب للميت ومن اتفاقهما في كثير من الاحكام التي اجمعوا
على اتفاقهما حتى انه قد روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال الا يتقي الله زيد
بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل ابا الاب ابا واجمعوا على انه مثله في
احكام اخر سوى الفرض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب لابنه وانه يعتق
على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جده كما لا يقتص له
من ابيه وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ اقرب للميت من الجد لان الجد
ابو ابي الميت والاخ ابن ابي الميت والابن اقرب من الاب وايضا فانهم اجمعوا على
ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلي بالاب والعم يدلي بالجد فسبب

الخلاف تعارض القياس في هذا الباب فان قيل فاي القياسين ارجح بحسب
النظر الشرعي قلنا قياس من سوى بين الاب والجد فان الجد اب في الرتبة
الثانية او الثالثة كما ان الابن ابن في المرتبة الثانية او الثالثة و
اذا لم يحجب الابن الجد فهو يحجب الاخت فالجد يجب ان يحجب من يحجب
الاب والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في الاصل والاصل
احق بالميت ولا فرع وانما هو مشارك له في الاصل والاصل بالشيء من المشارك له في
الاصل والجد ليس هو اصلا للميت من قبل الاب بل هو اصل اصله لا اصله
او للام الذي هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلي بالبنوة و
الجد يدلي بالابوة وان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت و
البنوة انما هي اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعني
الموروث واما البنوة التي تكون لاب الموروث فليس بلازم ان تكون في حق الموروث
اقوى من الابوة التي لاب الموروث لان الابوة لاب الموروث هي ابوة ما للموروث
اعني بعيدة وليس البنوة التي لاب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال
الاخ احق من الجد لان الاخ يدلي بالشيء الذي منه كان الميراث بالبنوة وهو
الاب والجد يدلي بالابوة وهو قول غالط مخيل لان الجد اب ما وليس الاخ
ابنا ما واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك
انه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ممن هو ذو فرض مسمى او لا يكون فان لم يكن
ذو فرض اعطي الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة
الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا او اناثا او الامرين جميعا فهو مع الاخ
الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين والثلاثة ومع الاربعة يأخذ
الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ
الانثيين ومع الخمس اخوات له الثلث لانه افضل له من المقاسمة فهذه

هي

هي حاله مع الاخوة فقط واما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدا باهل
الفروض فما بقي اعطي الافضل من ثلثة اما الثلث مما بقي بعد حظوظ ذوي
الفرائض واما ان يكون بمنزلة الواحد من الاخوة ذكرا واما ان يعطى السدس
من راس المال لا ينقص من السدس ثم ما بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ
الانثيين الا في الاكدرية على ما سنذكر من مذهبه فيها مع مذاهب سائر العلماء
واما علي رضي الله عنه فكان يعطي الجد الاحظ له من السدس او المقاسمة
وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوي الفرائض او لم يكن وانما لم ينقصه
من السدس شيئا لانه لما اجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيئا كان احرى
ان لا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجبه
عما هو حجب لهم وهو الثلث وبقول علي رضي الله عنه قال ابو حنيفة واما
الفريضة التي تعرف بالاكدرية وهي امرأة توفيت وتركت زوجا واما واختا
شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود
يقولان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك
على جهة العول فكان علي بن ابي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف
وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة الا ان زيدا جمع سهم الاخت
والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم ان هذا ليس من
قول زيد وضعف الجمع الذي يقال في هذه الفريضة زيد في قول [illegible] زيد
قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله
على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار
الا ابن عباس وروي عنه انه قال اول من اعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله
لو قدم من قدم الله واخر من اخر الله ما عالت فريضة فقيل له وايها قدم الله فقال
كل فريضة لم يهبطها الله عن موجبها الا الى فريضة اخرى وكل فريضة اذا زالت
عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فتلك التي اخر الله فالاولى

مثل الزوج والزوجة والام والمتاخر مثل الاخوات والبنات فقال فان اجتمع
الضعفان قدم من قدم الله فان بقي شيء فلمن اخر والا فلا شيء له فقيل له فهل
لا قلت بهذا القول لعمر فقال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة
شقائق اخوة الاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه
بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئا الا ان يكون الشقائق
اختا واحدة فانها تعاد الجد باخواتها للاب ما بينها وبين ان تستكمل
فريضتها وهي النصف فان كان فيما يحاز لها ولاختها لابيها فضل عن نصف
راس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء
عن النصف فلا ميراث لهم واما علي رضي الله عنه فكان لا يلتفت بهذا على الاخوة
للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان بهذا الفعل ايضا مخالف
للاصول اعني ان يحتسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضي الله عنهم من هذا الباب
في الفريضة التي تدعى الخرقاء وهي ام واخت وجد اختلفوا فيها على خمسة اقوال
فذهب ابو بكر رضي الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد وحجب
الاخت وهذا على رايهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب علي الى ان للام الثلث
وللاخت النصف وما بقي للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث
وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام
السدس وكان يقول معاذ الله ان افضل اما على جد وذهب زيد الى ان للام
الثلث وما بقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين ميراث الجدات
واجمعوا على ان للجدة ام الام السدس مع عدم الام وان للجدة ايضا ام الاب عند
فقد الاب السدس فان اجتمعتا كان السدس فيما بينهما واختلفوا فيما
سوى ذلك فذهب زيد واهل المدينة الى ان الجدة ام الام لها السدس
فريضة فاذا اجتمعتا الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما
سواء او كانت ام الاب اقعد فان كانت ام الام اقعد

اقرب

اقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة من قبل الاب شيء وقد قيل عنه
ايهما اقعد كان لها السدس وبه قال علي رضي الله عنه ومن فقهاء الامصار
ابو حنيفة والثوري وابو ثور وهؤلاء ليس يورثون الا الجدتين المجمع
على توريثهما وكان الاوزاعي واحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان
من قبل الاب اعني الجد وكان ابن مسعود يورث اربع جدات ام الام وام الاب
وام ابي الام اعني الجد وام ابي الاب اعني الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان
ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن
تحجبها بنت او بنت بنتها وقد روي عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا
اذا كانت من جهة واحدة وروي عن ابن [illegible]س ان الجدة كالام اذا لم تكن ام
وهو شاذ عند الجمهور ولكنه ضرب من القياس فعمدة زيد ما رواه مالك انه قال
جاءت الجدة الى ابي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها فقال ابو بكر ما لك في كتاب
الله عز وجل وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي
حتى اسال الناس فسال الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله
صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس فقال ابو بكر هل معك غيرك فقام محمد
بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فانفذه ابو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى
الى عمر بن الخطاب تساله عن ميراثها فقال لها ما لك في كتاب الله شيء وما كان القضاء
الذي قضي به الا لغيرك وما انا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما
فيه فهو بينكما وايتكما انفردت به فهو لها وروى مالك ايضا انه اتت الجدتان الى ابي بكر
فاراد ان يجعل السدس للتي من قبل الام فقال له رجل اما انك تترك التي لو ماتت
وهو حي كان يرثها فجعل ابو بكر السدس بينهما قال فهو اذا لا يتعدى في
هذا عنده السنة واجماع الصحابة واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث
ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات
اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام واما ابن مسعود فعمدته

القياس في تشبيه الجدة للأب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة
للأب ابنها وهو الأب فذهب زيد إلى أنه يحجبها وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة
وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة
من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين
وعمدة من حجب أن تكون الجدة بابنها أن العم لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون
الجدة أولى بذلك وأيضا فإنها لما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئا كان
كذلك أم الأب مع الأب وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن
عبد الله قال أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا مع ابنها
قالوا ومعنى ذلك لما كانت الأم وأم الأم لا يحجبها الذكور كان ذلك حكم جميع
الجدات وينبغي أن تعلم أن مالكا لا يخالف زيدا إلا في فريضة واحدة وهي امرأة هلكت
وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأب وأم وجدا فقال مالك للزوج النصف وللأم السدس
وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للإخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف
وللأم السدس وللجد السدس وما بقي للإخوة الشقائق فخالف مالك في هذه
المسألة أصله من أن الجد لا يحجب الإخوة الشقائق ولا الأخوات للأب فحجته
أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان
هو أولى به وأما زيد فجعل أصله أنه لا يحجبهم بالأب في الحجب وأجمع العلماء على
أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب وأن الأخ للأب يحجب بني الأخ الشقيق وأن بني
الأخ الشقيق يحجبون بني الأخ للأب وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب
والأخ وبنو الأخ للأب أولى من العم أخي الأب وابن العم أخو الأب الشقيق
أولى من ابن العم أخي الأب للأب وكل واحد من هؤلاء لا يحجبون بينهم
ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة أما الإخوة
فالأقرب منهم يحجب الأبعد فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين
الأم والأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط وكذلك الأعمام الأقرب منهم

يحجب

يحجب الأبعد فإن استووا حجب منهم من يدلي بسببين إلى الميت من يدلي
بسبب واحد أعني أنه يحجب العم أخو الأب للأب والأم العم الذي هو أخ الأب
للأب فقط وأجمعوا أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام لأن الإخوة
الشقائق بنو الأب المتوفى والأعمام بنو الجد والأبناء يحجبون بنيهم والآباء
أجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة والجد يحجب من فوقه بإجماع من الأجداد
والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة والجد يحجب الأعمام بإجماع
والإخوة للأم ويحجب بني الإخوة الشقائق وبني الإخوة للأب والبنات وبنات
البنين يحجبن الإخوة للأم واختلف العلماء فيمن ترك ابني عم أحدهما
أخ لأم فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري للأخ للأم السدس من جهة
ما هو أخ لأم وهو وابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم
على السواء وهو قول علي بن أبي طالب وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله
لابن العم الذي هو أخ للأم بلا فرض سهم بالأخوة وبقيته بالتعصيب لأنه
قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء
داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء فيما بقي
من مال الورثة على ذوي الفرائض إذا بقيت من المال فضلة لم تستوجبها الفرائض
ولم يكن هنالك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه
قال مالك والشافعي وقال جل الصحابة بالرد على ذوي الفرائض ما عدا
الزوج والزوجة وإن كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من
الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر
سهامهم فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقي وهكذا في جزء جزء وعمدتهم
أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أي أنه اجتمع لهم سببان
وللمسلمين سبب واحد وهذه مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم

فيما يتعلق باسباب المواريث يجب ان نذكر هاهنا فمنها انه اجمع المسلمون
على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا
ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم
واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور
العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار انه لا يرث المسلم الكافر
لهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب
ومسروق من التابعين وجماعة الى ان المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم
فقالوا كما يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لهم ان ينكحوا نساءنا كذلك الارث
ورووا في ذلك حديثا مسندا قال ابو عمر وليس بالقوي عند الجمهور وشبهوه
ايضا بالقصاص في الدماء التي لا تتكافؤ واما مال المرتد فهو لجماعة
المسلمين ولا ترثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة
وقال ابو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته
من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة رضي الله عنهم وعمدة الفريق الاول
عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك
هو ان قرابته اولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة
والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما اكدوا ما يلفى لماله من حكم
الاسلام بدليل انه لا يوخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة فيما ينفق
ماله على ملكه وذلك لا يكون الا ان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقع
على الانفراد بغلاء الكافر وقال الشافعي وغيره يوخذ بقضاء الصلاة اذا تاب
من الردة في ايام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية
وانما وقع رجاء ان يعود الى الاسلام وان استحقاق المسلمين لماله
على طريق الارث وشذت طائفة وقالت ماله للمسلمين عند ما يرتد ولا اعلم
ان اشهب ممن يقول بذلك واجمعوا على توريث اهل الملة الواحدة بعضهم

بعضا

بعضا واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان اهل
الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال احمد وقال الشافعي
وابو حنيفة والثوري وابو ثور وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان
شريح وابن ابي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثا اليهود والنصارى
والصابيين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة وقد روي عن ابن ابي ليلى مثل قول
مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه الثقات عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث اهل الملتين
وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم
الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم
يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة
هنا واختلفوا في توريث الحملاء والحملاء هم الذين يتحملون باولادهم
من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام اعني انهم يولدون في بلاد الشرك
ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسبة
وذلك على ثلاثة اقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو
قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحاق وقول انهم لا يتوارثون
اصلا وروي عن عمر الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لا يورث الا
من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك
واصحابه فاختلف في ذلك قولهم فمنهم من راى ان لا يورثوا وهو قول
ابن القاسم ومنهم من راى ان لا يورثوا اصلا الا بالبينة العادلة وممن قال
به من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك
في اهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون
وهذا يتخرج من انهم يتوارثون بلا بينة الا ان مالكا لا يجيز شهادة

شهادة الكفار بعضهم على بعض فقال ان اسلموا فتثبتوا لا يقبل قولهم وبنحو
هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي واحمد وابو ثور وذلك انهم قالوا
ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم في انسابهم
واما ان ادركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم الا ببينة ففي المسئلة اربعة
اقوال اثنان طرفان واثنان مفصلان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار
ومن الصحابة علي وزيد وعمر ان من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك
والقاتل عمدا وكان ابن مسعود يحجب بهولاء الثلاثة دون ان يورثهم
اعني باهل الكتاب وبالمملوكين وبالقاتلين عمدا وبه قال داود وابو ثور
وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة
الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلف العلماء في الذين يفقدون
في حرب او غرق او هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون
اذا كانوا اهل ميراث فذهب مالك واهل المدينة الى انهم لا يورث بعضهم
من بعض وان ميراثهم جميعا لمن بقي من قرابتهم الوارثين او لبيت المال
ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وابو حنيفة واصحابه فيما حكى
الطحاوي وذهب علي وعمر رضي الله عنهما واهل الكوفة وابو حنيفة فيما ذكر
غير الطحاوي عنهم وجمهور البصريين الى انهم يتوارثون وصفة توريثهم
عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في اصل ماله دون ما ورث
بعضهم من بعض اعني انه لا يضم الى مال الموروث ما ورث من غيره
فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم
على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب او غرق او هدم ولكل واحد
منهما الف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة
من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورثتها ربعه
وذلك

وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث
ولد الملاعنة وولد الزنى فذهب جمهور اهل المدينة وزيد بن ثابت الى ان
ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وانه ليس لامه الا الثلث
والباقي لبيت المال الا ان يكون له اخوة لام فيكون لهم السدس او تكون
امه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والا فالباقي لبيت مال المسلمين وبه
قال مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه الا ان ابا حنيفة على مذهبه في جعل
ذوي الارحام اولى من جماعة المسلمين وعلى قياس ايضا من يقول بالرد
يرد على الام بقية المال وذهب عمر وابن مسعود وعلي الى ان عصبته
عصبة امه اعني الذين يرثونها وروي عن علي وابن مسعود انهم كانوا
لا يجعلون عصبته عصبة امه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة
الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة
الفريق الاول قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فقالوا
هذه ام وكل ام لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روي من
حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم
ميراث الملاعنة لامه ولورثتها وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي صلى
الله عليه وسلم المراة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي
لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك
خرج جميع ذلك ابو داود وغيره قلت هذه الاثار واجب المصير اليها لانها
قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب
ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث او لم تصح عندهم وهذا القول
مروي عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الاول واشتهاره

في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار وإن كان هذا الجنس يستنبط بالقياس
والله أعلم ومن مسائلهم في ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك
ابنين وأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب
عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه
وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث
شيئا واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ المقر فقال
مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وقال أبو حنيفة يجب
عليه أن يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك
ابنا واحدا فأقر بأخ له أعني أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث وأما
الشافعي فعنه في هذه المسألة قولان أحدهما لا يثبت النسب ولا يجب
الميراث والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه فقهاء
الشافعية في المسائل المعمولية وهو أن كل من يحوز المال يثبت
النسب بإقراره واحدا كان أو أكثر أو غير ذلك وعمدة الشافعية في
المسألة الأولى في أحد قوليه في هذه المسألة أعني القول الغير المشهور
أن النسب لا يثبت إلا بشاهدين عدلين وحيث لا يثبت فلا ميراث لأن
النسب أصل والميراث فرع وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع وعمدة
مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعلق بالأخ المنكر فلا يثبت
عليه إلا بشاهدين وأما حظه من الميراث الذي بيد المقر فإقراره فيه
عامل لأنه حق أقر به على نفسه والحق أن القضاء عليه لا يجب من
الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه
أن يمنع من يعرف أنه شريك في الميراث حظه منه وأما عمدة

الشافعية

الشافعية في إثباتها النسب بإقرار الواحد الذي يحوز الميراث فالسماع
والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة
المتفق على صحته قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن
أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك فلما كان عام الفتح
أخذه سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عهد إلي فيه فقام
إليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي وابن وليدة
أبي ولد على فراشه فقال صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة
ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر
ثم قال لسودة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص
قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذ لم يكن هنالك وارث
منازع له وأما أكثر العلماء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه
عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات
وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه والأصل أن لا
يثبت نسب إلا بشاهدين عدلين ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات
فقالت طائفة إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه
لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس
وأنها كانت فراشا له وقالوا ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره وسودة
بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه
أمره وبهذا القول بأن القاضي له أن يقضي بعلمه ولا يليق هذا التأويل

احمد

بمذهب مالك لانه لا يقضي بعلمه ويليق بمذهب الشافعي على قوله الا ان الذي لا يثبت فيه النسب والزنى قالوا وهذا التاويل قالوا انما امر سودة بالحجبة منه احتياطا للشبهة الشبه لان ذلك كان واجبا وقال لكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن اخيها وقالت طايفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على انه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بحكمه بالفراش واحتج هولاء في تاويل قوله عليه الصلاة والسلام هو لك فقالت طايفة انما اراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير لازم لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي انما اراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك يا عبد بن زمعة اي يدك عليه بمنزلة ما هو بيد الملتقط على اللقطة وهذه التاويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان الولد للفراش وللعاهر الحجر واما المعنى الذي تعتمده الشافعية في هذا المعنى فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة اي اقرار من اجاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة بين ميراث الاقرار الذي كان للميت انتقل الى هذا الذي حاز ميراثه واتفق الجمهور على ان اولاد الزنى لا يلحقون بابائهم الا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنى في الاسلام اعني الذي كان عن زنى في الاسلام واتفقوا على ان الولد لا يلحق بالفراش في اقل من ستة اشهر اما من وقت العقد واما من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى اقصى زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا في اطول زمان الحمل الذي يلحق فيه بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض اصحابه سبع وقال

عمر

الشافعي

الشافعي اربع سنين وقال بعض اصحابه الكوفيون سنتان وقال محمد بن عبد الحكم سنة وقال داود ستة اشهر وهذه المسئلة المرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو اقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعي الى ان من تزوج امراة ولم يدخل بها او دخل بها بعد الوقت واتت بولد لستة اشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا اتت به لستة اشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال ابو حنيفة هو فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست فراشا الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة ابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وكانه يرى ان هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطا رجلان في طهر واحد بملك يمين او نكاح ويتصور الحكم ايضا بالقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه اشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وابى الحكم بالقافة الكوفيون واكثر اهل العراق والحكم عند هولاء انه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطا او كانت المراة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الامة والحرة يطاها الرجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القايلين بهذا القول انه لا يجوز ان يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب ابي حنيفة يجوز ان يكون ابنا للثلاثة

وان ادعوه فهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال
من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب كان يليط
اولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام فاتاه رجلان كلاهما يدعي ولد امراة
فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم
دعا المراة فقال اخبريني خبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين ياتيني في ابل
لاهلها فلا يفارقها حتى تظن ونظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها
فاهريقت عليها دماء ثم خلف هذا عليها يعني الاخر فلا ادري ايهما هو
فكبر القائف فقال عمر للغلام وال ايهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر
من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا
الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال
له وال ايهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال
ابو ثور يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه
ليس يكون ابنا لاثنين لقوله تعالى يا ايها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى
واحتج القائلون بالقافة ايضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة
قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق اسارير وجهه
فقال الم تسمعي ما قال مجزز المدلجي لزيد واسامة وراى اقدامهما فقال
ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهو مروي عن ابن عباس وعن
انس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة واما الكوفيون فقالوا الاصل
لا يحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه
الصلاة والسلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش او اشتركا في الفراش
كان ذلك بينهما وكانهم راوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس

يلزم

يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل ان لا يجوز وقوع ذلك
في الشرع وروي مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل
في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعي والثانية
انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انه يقضي بها في ملك اليمين
فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال ابو عمر بن عبد البر
في هذا الباب حديث حسن مسند اخذ به جماعة من اهل الحديث واهل الظاهر
رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن ارقم قال كان علي باليمن
فاتي بامراة وطئها ثلاثة اناس في طهر واحد فسال كل واحد منهم ان يقر لصاحبه
بالولد فابى فاقرع بينهم وقضى بالولد للذي اصابته القرعة وجعل عليه
ثلثي الدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى
بدت نواجذه قالوا وفي هذا نفي الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا
في ميراث القاتل على اربعة اقوال فقال قوم لا يرث القاتل اصلا من قتله
وقال اخرون وهم الاقل يرث القاتل وفرق قوم بين الخطا والعمد فقالوا
لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطا الا من الدية وهو قول مالك واصحابه
وفرق قوم بين ان يكون في العمد قتلا بامر واجب مثل ان يكون ممن له اقامة
الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم او ممن لا يتهم وسبب الخلاف
معارضة اصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك ان النظر المصلحي
يقتضي ان لا يورث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع
الظاهر والتعبد يوجب ان لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد
لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسيا كما تقول الظاهرية واختلف
في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم

الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في
ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم
لم يرثه اصلا سواء اسلم قبل قسم الميراث او بعده وكذلك ان كان موروثه
على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء
كان اسلامه قبل القسم او بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة
المعتبر في ذلك يوم القسم وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا
الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم ايما دار او ارض قسمت في الجاهلية فهي
على قسم الجاهلية وايما دار او ارض ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم
الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت حكم ومن اعتبر وقت
الموت حكم للمقسوم حكم ما تقدم قبل الاسلام وروي من حديث عطاء ان رجلا
اسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يقسم فاعطاه
رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن اعتق
من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق
بهذا الكتاب ولما كان الميراث انما يكون باحد ثلاثة اسباب اما بنسب
او صهر او ولاء وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب ان
نذكر ها هنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب واحكامه

باب في الولاء

والنظر فيمن يجب له الولاء فيه مسائل مشهورة
تجري مجرى الاصول لهذا الباب المسئلة الاولى اجمع المسلمون على ان من
اعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وانه عصبة له
اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فاما كون الولاء للمعتق عن
نفسه فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة انما

الولاء

الولاء لمن اعتق واختلفوا اذا اعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه
لا الذي باشر العتق وقال ابو حنيفة والشافعي ان اعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء
للمعتق عنه وان اعتقه من غير علمه فالولاء للمباشر العتق وعمدة الحنفية
والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق وقوله صلى الله عليه
وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز ان ينتقل نسب بالاذن بغير
اذنه فكذلك الولاء ومالك يرى المعتق فلان عتقه نيابة وقعت في ملك المعتق
فوجب ان يكون الولاء له اصله اذا اعتقه عن نفسه وعمدة مالك انه
اذا اعتقه عنه فقد ملكه اياه فاشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على انه اذا اذن
له المعتق عنه كان له ولاؤه ولا ولاء للمباشر وعند مالك انه من قال لعبده
انت حر لوجه الله وللمسلمين ان الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق
المسئلة الثانية اختلف العلماء فيمن اسلم على يدي رجل هل
يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاء له وقال
ابو حنيفة واصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك ان من مذهبهم ان للرجل ان يوالي
رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وان له ان ينصرف من ولائه الى ولاء غيره ما
لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة
الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن اعتق وانما
هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام عندهم للحصر
ومعنى الحصر هو ان يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره
اعني ان لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر
وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى ولكل جعلنا
موالي مما ترك الوالدان والاقربون وقوله والذين عقدت ايمانكم

فسأنوه بنصيبهم وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري
قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم
فقال هو احق الناس به واولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز
وحجة الفريق الاول قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم منسوخة بآية المواريث
وان هذا في صدر الاسلام اجمعوا على انه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه
عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا ولاء السائبة المسألة الثانية اختلف
العلماء اذا قال السيد لعبده انت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله
للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد معنى العتق فقط
فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وابو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه
قال احمد وداود وابو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاءه حيث شاء فان
لم يوال احدا كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم
والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء الحجج
المتقدمة في المسألة التي قبلها واما من اجاز بيعه فلا حجة له في هذا
الوقت المسألة الرابعة اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني
قبل ان يباع عليه لمن يكون فقال مالك واصحابه ولاؤه للمسلمين فان اسلم
مولاه بعد ذلك لم يرجع اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده
فان اسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور ان الولاء كالنسب وانه اذا اسلم
الاب بعد اسلام الابن انه يرثه واما عمدة مالك فعموم قوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء
يوم العتق لم يجب فيما بعد واما اذا وجب له يوم العتق ثم امانع من
وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع انه يعود الولاء وذلك

اتفقوا

اتفقوا انه اذا اعتق النصراني الذمي عبده النصراني قبل ان يسلم احدهما ثم
اسلم العبد ان الولاء يرتفع فان اسلم المولى عاد عليه وان كان اختلفوا في الحربي
يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه
يرثه وقال ابو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد ان يوالي من شاء على مذهبه في الولاء
والتحالف وخالف اشهب مالكا فقال اذا اسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى
ولاؤه ابدا وقال ابن القاسم يعود اليه وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت
العتق وهذه المسائل كلها مفروضة لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى
ان يسترق بعضهم بعضا واما في دين اليهود فيما يعتقدون فيه في هذا الوقت
ففي عهد انه من ملتهم المسألة الخامسة اجمع جمهور العلماء على ان النساء
ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا ما باشرن عتقه بانفسهن او ما جر اليهن
من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل معتق معتقها او ابن معتقها
وانهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها
ولاء ما اعتقته بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياسا على الرجل
وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو راجع من اقيس القياس ولكنه
الذي يعرفونه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت
للمعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق او كان من سبب قوي
من اسبابه وهم العصبة اذ قد تقرر من قبله ولا مدخل للنساء في
النظر في ترتيب انتقال الولاء في الولاء فما اشبه مسائله في هذا الباب المسألة
التي يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبدا ثم مات ذلك
الرجل وترك اخوين او ابنين ثم مات احد الاخوين او الابنين وترك ابنا او ابنين
الابنين فقال الجمهور في هذه المسألة ان حظ الاخ الميت من الولاء

لانه عند ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه خلاف الميراث لان الحجب
في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروي
عن عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال
شريح وطائفة من اهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسألة لبنيه وعمدة
هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب ومن مسائلهم
المشهورة في هذا الباب المسألة التي تعرف بجر الولاء وصورتها ان يكون عبد له
بنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا
لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك انهم اتفقوا على ان ولاءهم بعد
عتق الام اذا لم يمس الولد الرق في بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد
بعد عتقها وقبل عتق الاب هو لموالي الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر
ولاء بنيه لمواليه ام لا فقيل يجر وبه قال علي وابن مسعود والزبير وعثمان
وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروي عن عثمان
وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن
الخطاب وان كان قد روي عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء
مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني ان البنين
لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو
الولاء وذهب مالك الى ان الجد يجر ولاء حفدته اذا كان ابوهم عبدا
الا ان يعتق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمد
في ذلك على ان ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب
والاحرى ان لا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني ان عمود الاب
هي كونه موجبا ان ينتقل الولاء الى اب الاب ولا خلاف بين من

يقول

يقول بان الولاء للعصبة فيما علمت ان الابناء احق من الاباء وانه لا ينتقل الى العمود
الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم اقوى تعصيبا
من الابوة والاب اقوى تعصيبا من الاخوة وبنوهم عند مالك اقعد وعند الشافعي
وابي حنيفة الجد اقعد منهم وسبب الخلاف من اقرب نسبا واقوى تعصيبا وليس
يورث الولاء في مذهب مالك وانما يورث تعصيبا فاذا مات المولى الاعلى كان لكل من
المولى الاعلى عليه ولادة نسب اعني بنيه وبني بنيه وفي هذا الباب مسألة
مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت
طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن
ابي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء الامصار

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب العتق

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه وفيمن
لا يصح ومن يلزمه اعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به واحكامه وفي
الشروط الواقعة فيه ونحن فانا نذكر من هذه الابواب ما فيها من المسائل
المشهورة التي تتعلق بها الكتب ذلك بالمسموع فاما من يصح عتقه فانهم
اجمعوا على انه يصح عتق المالك الصحيح الملك الرشيد الصحيح الجسم الغني
غريم واختلفوا في عتق من احاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه
فاما من احاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال اكثر
اهل المدينة مالك وغيره لا يجوز وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء
العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير
منهم وقد تحكى عن مالك في ذلك الجواز قياسا على ما روي عنه في المذهب
انه يجوز وان احاط الدين بماله الا من لم يحجر عليه الحاكم وعمدة من

منع عتقه ان ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له ان يخرج منه شيئا
بغير عوض وهي العلة التي يحجر بها الحاكم والاحكام يجب ان توجد
مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات
العلة فلا اعتبار بوجوده وعمدة الفريق الثاني انه قد انعقد الاجماع
على ان له ان يطأ جاريته ويحبلها وان يرد شيئا مما انعقد من ماله
على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم
تصرفاته بهذا الحكم وهذا قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع انه
لا يجوز ان يعتق غير المحتلم ما لم يكن وصية منه وكذلك المحجور ولا
يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ماله الا مالكا واكثر اصحابه
فانهم اجازوا عتقه لام ولده واما المريض فالجمهور على ان عتقه
ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل
عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق
ستة اعبد الحديث على ما تقدم واما من يدخل العتق عليه فهو على
جهة ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في احد قسميه واثنان
مختلف فيهما وهما من يلزم من يعتق عليه ومن مثل بعبده
فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين احدهما من وقع تبعيضه
العتق منه وليس له من العبد الا الجزء المعتق والثاني ان يكون يملك
العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه فاما العبد بين الرجلين
يعتق احدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال
مالك والشافعي واحمد بن حنبل ان كان المعتق موسرا قوم
عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق

الكل

466

الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء
وبقي المعتق بعضه عبدا واحكامه احكام العبد وقال ابو يوسف ومحمد
ان كان معسرا سعى العبد في قيمته للشريك الذي لم يعتق حظه منه وهو
حر يوم عتق حظ منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه قال الاوزاعي وابن شبرمة
وابن ابي ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى ايسر وقال
ابو حنيفة للشريك الموسر ثلاثة خيارات احدها ان يعتق كما اعتق شريكه
ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم والخيار الثاني ان يقوم
عليه حصته والثالث ان يكلف العبد السعي في ذلك ان شاء ويكون
الولاء بينهما وللشريك على عبده المعتق اذا قوم عليه شريكه نصيبه
ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة
مالك والشافعي حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه
قيمة العدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد
اعتق عنه ما اعتق وعمدة محمد وابي يوسف صاحبي ابي حنيفة
ومن قال بقولهم حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
من اعتق شقصا له في عبد فخلاصه في ماله ان كان له مال فان لم يكن
له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه
اهل الصحاح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول
في ترجيح حديثه جهها وعنت به الكوفية حديث ابن عمر ان بعض

وانه شك في الزيادة معارضة فيه لحديث ابي هريرة وهو قوله والا فقد عتق
منه ما عتق هل هو من قول النبي صلى الله عليه وسلم او من قول نافع
وان في الفاظه ايضا بين رواته اضطرابا ومما وهى به المالكيون حديث
ابي هريرة انه اختلف اصحاب قتادة على قتادة في ذكر السعاية واما
من طريق المعنى فاعتمد المالكية في ذلك على انه انما يلزم السيد التقويم
اذا كان له مال للضرر الذي ادخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا
عليه بل منه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق
شرعي لا يجوز تبعيضها فاذا كان الشريك المعتق موسرا اعتق الكل
عليه وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر
الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما اتوا بقياس
شبهي وقالوا لما كان العتق يوجد في الشرع نوعان نوع يقع
بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله
ونوع يقع بغير اختيار ان يعتق على السيد من لا يجوز له في الشريعة
ملكه وجب ان يكون العتق بالسعي كذلك في الذي بالاختيار منه هو
الكتابة والذي يدخل بغير اختيار هو السعي واختلف مالك
والشافعي في احد قوليه اذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه
نصيب شريكه بالحكم او بالسراية اعني انه يسري وجوب عتقه
بنفس العتق وقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت
المالكية بالحكم واحتجت المالكية بانه لو كان واجبا بالسراية

لسوى

لسوى مع العسر واحتجت الشافعية بالتلازم عن مفهوم قوله عليه
الصلاة والسلام فقوم قيمة العدل فقالوا لما اوجب تقويمه فلانه يجب
بعد اتلافه فاذن بنفس العتق اتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه
في وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وهذا بين وقول ابي حنيفة
في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وخالف فروي فيها خلاف
شاذ فقيل عن ابن سيرين بانه جعل حصة الشريك في بيت المال
وقيل عن ربيعة فيمن اعتق نصيبا له في عبد ان العتق باطل وهذا كله
خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك في
هذا في فرع وهو اذا كان معسرا فتاخر الحكم عليه باسقاط التقويم
حتى ايسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الاثار
على ان من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد انه يعتق عليه
الباقي ان كان موسرا الا انه اذا ملكه بوجه لا اختيار فيه وهو ان
يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق
وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا واذا ملك السيد
جميع العبد فاعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك
والشافعي والثوري والاوزاعي واحمد وابن ابي ليلى ومحمد بن الحسن
وابو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال ابو حنيفة واهل الظاهر
يعتق عليه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول
طاوس وحماد وعمدة الجمهور انه لما ثبت في اعتاق نصيب الغير
لحرمة العتق كان احرى ان يجب عليه ذلك في ملكه وعمدة ابي حنيفة
ان سبب وجوب العتق على المبعض العتق للشريك هو الضرار الداخل

على شي يكي فاذا كان كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر وسبب الاختلاف
من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق اعني انه لا يقع فيه
تبعيض او مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل
ابن امية عن ابيه عن جده انه اعتق نصف عبد له فلم ينكر رسول الله صلى الله
عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي وابو داود عن ابي
المليح عن ابيه ان رجلا من هذيل اعتق شقصا من مملوك فتمم
النبي صلى الله عليه وسلم عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد
نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت علتهم اولى لان العلة
المنصوص عليها اولى من المستنبطة وسبب اختلافهم تعارض
الاثار في هذا الباب وتعارض القياس واما الاعتاق الذي يكون بالمثلة
فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعبده
عتق عليه وقال الشافعي وابو حنيفة لا يعتق عليه وشذ الاوزاعي
فقال من مثل بعبد غيره اعتق عليه والجمهور على انه يضمن
ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو
بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جاريته
فقطع ذكره وجدع انفه فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له
فقال له ما حملك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال عليه
الصلاة والسلام في حديث ابن عمر من لطم مملوكه او ضربه فكفارته
عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ولهم
من طريق المعنى ان الاصل في الشرع انه لا يكون للسيد على عتق
عبده الا ما خصه الدليل واحاديث عمرو بن شعيب

مختلف

مختلف في صحتها فليس يبلغ من القوة ان يخص بها مثل هذه القاعدة
واما اهل يعتق على الانسان من القرابة احد ومن عتق ممن يعتق
فانهم اختلفوا ايضا في ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة
الا داود واصحابه فانهم لم يروا ان يعتق احد على احد من قبل قربى
والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم
على انه يعتق على الرجل ابوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة
احدها اصوله وهم الاباء والاجداد والجدات والامهات وآباؤهم
وامهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة والثاني
فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا وسواء في ذلك ولد
البنين وولد البنات وبالجملة كل من كان للرجل عليه ولادة بتوسط
ذكر او انثى والثالث الفروع المشاركة له في اصله القريب وهي
الاخوة وسواء كانوا لاب وام او لاب فقط او لام فقط واقتصر
من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق اخوة الاخوة واما
الشافعي فقال مثل قول مالك في العمود بين الاعلى والاسفل وخالفه
في الاخوة فلم يوجب عتقهم واما ابو حنيفة فاوجب عتق كل ذي رحم
محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنت الاخ ومن
اشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم وسبب اختلاف اهل
الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو
قوله عليه الصلاة والسلام لا يجزي والد عن ولده الا ان يجده

مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وابو داود فقال الجمهور
بمفهوم من هذه انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب
عليه شي اوه وقالت الظاهرية بمفهوم من الحديث الثابت انه ليس يجب
عليه شي اوه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل
على صحة ملكه ولو كان ما قالوا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق
عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث
لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم
يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء
على الاباء وقد رامت المالكية ان تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي
ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى وما ينبغي للرحمن
ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا وهذه
العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة
والعبودية التي بين المخلوقين والبنوة هي عبودية بالشرع لا بالطبع
اعني بالوضع لا مجال للعقل فيهما فما يقولون فيها عندهم هو احتجاج
ضعيف وانما اراد تعالى ان البنوة لا تساوي الالوهة في جنس الوجود
او نوعه اعني ان الموجودين الذين احدهما اب والاخر ابن هما
متقاربان جدا حتى انهما اما ان يكونا من نوع واحد او من جنس واحد
وما دون الله تعالى من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه

في جنس

في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح
ان يكون في الموجودات التي هنا شيء نسبته اليه نسبة الابن الى الاب
بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى حقيقة الامر من نسبة
الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة اشد من
التباعد الذي بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين
لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة اشد تباعدا من هذه النسبة اعني
تباعدهما فيها في الشرف والخسة ضرب المثال فيها اعني نسبة العبد
للسيد من جهة الشفقة التي بين الاب والابن والرحمة والرافة اجاز
ان يقول في الناس انهم ابناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه هي جمل
المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان
بغير اختياره وقد اختلفوا من احكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق
بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن اعتق عبيدا له في مرضه ولا مال
له سواهم فقسموا ثلاثة اجزاء واعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته
وكذلك الحكم بالوصية بعتقهم وخالف اشهب واصبغ مالكا
في العتق المبتل في المرض فقالوا انما القرعة في الوصية واما حكم
العتق المبتل فهو حكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك ان المدبرين
في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم
ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا
في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا

العبد وعند مالك اذا كانوا ستة اعبد مثلا وعتق منهم الثلث بالقيمة
كان الحاصل منهم اثنان منهما واقل او اكثر وذلك ايضا بالقرعة
بعد ان يجبر على القيمة ثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا
ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان
وثلث فعمدة اهل الحجاز ما رواه اهل البصرة عن عمران بن حصين
ان رجلا اعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعاهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق
اثنين وارق اربعة خرجه البخاري ومسلم مسندا وارسله مالك وعمدة
الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الاثار التي نقلت بطرق الاحاد اذا خالفتها
الاصول الثابتة بالتواتر وعندهم انه قد وجب السعي لكل واحد منهم
العتق فلما لو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ
لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعلى السعي فيه وهذا الاصل ليس بينا
من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق
من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد والمعتقين
وقد انه من الشرع مبعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هنا ان يتم
عليه في الاستشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك
دون العدد اجتمعت الى هذا الاصل وهو ظاهر الحديث وكان الجزء
المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في اشخاص
باعيانهم اصله حق الناس وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال

ابن مسعود

ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء ابو حنيفة والثوري واحمد واسحاق
وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك واهل الحجاز واهل
المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق
عبدا فماله له الا ان يشترطه السيد ماله واما الفاظ العتق فان منها صريحا
ومنها كناية عند اكثر فقهاء الامصار اما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول
انت حر وانت عتيق او ما تصرف من هذه فهذه الالفاظ تلزم السيد باجماع
من العلماء واما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لا سبيل لي عليك
او لا ملك لي عليك فهذه ينوى فيها السيد العبد هل اراد بها العتق ام لا عند
الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يا بني او لامته
يا ابنتي او قال يا بنتي فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزم وقال ابو حنيفة
يعتق عليه وشذ فقال لو قال السيد لعبده هذا ابني عتق عليه وان
كان العبد له عشرون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما انت
الا حر فقال قوم هو كناية عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن
البصري ومن هذا الباب من نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب
له عبد اخر فقال له انت حر وقال انما اردت الاول فقيل يعتقان عليه
جميعا وقيل ينوى واتفقوا على من اعتق ما في بطن امته فهو حر
دون الام واختلفوا فيمن اعتق امة واستثنى ما في بطنها فقالت
طائفة له ما استثناه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط
العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه
قال مالك وقال قوم يجوز فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق اعني

قول القائل لعبده أنت حر إن شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع الطلاق بشرط
الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وعمدتهم قوله عليه الصلاة
والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والحجة الثانية تشبيههم إياه باليمين
والعلماء في هذا الباب شبيهة بالعلماء في الطلاق وفي شيء وليس كثير وكذلك الأيمان
فيه شبيهة بالأيمان في الطلاق وأما أحكامه فكثيرة ومنها أن الجمهور على
أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للأم وشذ قوم فقالوا إلا أن يكون الأب
عربيا ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها إن
كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه
قال الأوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق
مدة معلومة بعد العتق واختلفوا فيمن قال لعبده إن بعتك فأنت
حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم
يعتق عليه أعني من مال البائع إذا باعه وبه قال مالك والشافعي
وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة
وفي هذا الكفاية واختلفوا في مال العبد إذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة
المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالأول قال ابن مسعود
من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد وإسحاق وبالثاني
قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة
لهم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا
فماله له إلا أن يشترط السيد ماله كمل كتاب العتق بحمد الله وعونه
بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الكتا

470

كتاب الكتابة والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها
أما الأركان فثلاثة العقد وشروطه وصفاته والعاقد والمعقود عليه
وصفتها ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من
هذه الأجناس القول في مسائل العقد فمن مسائل هذا الجنس المشهورة
اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب إليه فقال فقهاء الأمصار
إنه مندوب إليه وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى
فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا والأمر على الوجوب وأما الجمهور فإنهم لما
رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق غلامه حملوا هذه الآية على الندب
لئلا يكون معارضة لهذا الأصل وأيضا فإنه لما لم يكن للعبد أن يحكم له
على سيده بالبيع له لما لم يكن وهو في حد رقبته عن ملكه بعوض فأحرى
أن يحكم عليه في وجه عن عوضه هو ماله وذلك أن كسب العبد هو
للسيد وهذه المسألة أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من
أركانه وحد العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده
بمال يكتسبه العبد فإن كان هذا العقد في الثمن والمثمون والأجل
والعاقد الذي له على هذا العقد فأما الثمن فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا
إذا كان معلوما بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا إذا كان فيه
إبهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتبه عبده على عبد أو جارية
من غير أن يصفها ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى
يصفه فمن اعتبر في هذا العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يطلب

المعاملة شبيهة بالبيوع ومن رأى هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح
جوز فيه اليسير كحال اختلافهم في الصرف ومال الكوفيين بين العبد وسيده
ما جنسه الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ
الدين في الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي واحمد ومن ابي حنيفة القولان
جميعا وعمدة من اجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما
الكتابة سنة على حدتها واما الاجل فانهم اتفقوا على انه يجوز ان تكون
موجلة واختلفوا في هل يجوز حالة وذلك ابطا بعد اتفاقهم على انها تجوز
حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة وانما
الكتابة هي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه
فموضع الخلاف انما هو هل يجوز ان يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس
هو بيده فعند الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال
متاخرو اصحاب مالك تثبت الكتابة للسيد ويرفع العبد الى الحاكم
فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية ان السيد قد وجب لعبده
الكتابة الا انه اشترط فيها شرطا تعذر على العبد فصح العقد وبطل الشرط
وعمدة الشافعية ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع
جارية واشترط الا يطاها وذلك انه اذا لم يكن مال حاضرا ادى الى عجزه
وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى ان الكتابة
من اركانها ان تكون منجمة وانها اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل
الشرط وصح العقد واتفقوا على انه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على

الف درهم فاذا اديتها فانت حر فقال ابو حنيفة ومالك هو حر لان لفظ الكتابة
اسم شرعي فهو يتضمن جميع احكامه وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح
بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن
القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فقال مالك يلزمه
وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف
دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء
وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال وتنجزت الحرية وان ابى
بقي عبدا وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز
الكتابة عند مالك على عمل معدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد ان
الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد
وله كتابة مثله في الزمان والنجوم ومن هنا قيل انه تجوز الكتابة الحالة
واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من اخر نجم الكتابة
شيئا على العبد لاختلافهم في مفهوم قوله وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وذلك
ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم
جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك
على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال
بعضهم ما ينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده واما المكاتب ففيه مسائل
احدها هل تجوز كتابة الصغير وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من
عبد واحد وهل يجوز كتابة من يملك من العبد بعضه بغير اذن شريكه

وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق
فاما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة
ومنعها الشافعي الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا وعمدة من اشترط
البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترط ذلك انه يجوز بين السيد
وعبده ما لا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي
وذلك موجود في غير البالغ واما هل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد فان
فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء
على بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد الا بعتق جميعهم فيه ايضا خلاف
فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولي
الشافعي واما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة
اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة اعني حمالة بعضهم عن
بعض وبه قال مالك وسفيان وقالت اخرى لا يلزم ذلك بمطلق العقد ويلزم
بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك بالشرط
ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته وعمدة من منع
الشركة ما في ذلك من الضرر لانه قد يلزم ان يؤدي واحد عن ذلك بمجهول وعمدة
من اجازها ان الضرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبده
وماله لسيده واما مالك فعمدته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب
ان يكون حكمهم حكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم
عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الاجنبيين بعضهم عن بعض ولما

كان الجمهور قد اتفقوا على ان الحمالة من الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز
في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل
شيء يرجع عليه وهذا مكانه ليس يلفى في حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما
الذي يلفى في ذلك ان هذا الشرط هو سبب الا يعتق من يقدر على السعي بعجز
من لا يقدر عليه وهو غير راض بالكتابة الا ان يقول ايضا ان الجمع يكون سببا
لان يخرج حرا من لا يقدر على نفسه ان يسعى حتى يخرج حرا وهو كما يعود حرا
من لا يقدر على السعي واما ابو حنيفة فشبهها بحمالة الاجنبي عن الاجنبي في الحقوق
التي تجوز فيها الحمالة فاجازها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا
ايضا لا يجيز حمالة الكتابة واما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا
هل لاحدهما ان يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك و
الكتابة مفسوخة وما قبضه منها فهو بينهما على قدر حصصهم وقال بعضهم
يجوز ان يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت
تجوز باذن شريكه ولا تجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثاني
قال ابن ابي ليلى واحمد وبالثالث قال ابو حنيفة والشافعي في احد قوليه
وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد
كله بالتقويم على الذي كاتب حصته منه وذلك لا يكون الا في تبعيض العتق ومن
راى ان له ان يكاتبه راى ان عليه ان يتم عتقه اذا ادى الكتابة اذا كان موسرا
فاختلاف مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع
من صحة الاصل الا ان يوافقه عليه الخصم واما اشتراط الاذن فضعيف
وابو حنيفة يرى في كيفية اداء مال المكاتبة اذا كانت الكتابة عن اذن
شريكه ان لكل واحد للشريك الذي كاتبه ان ياخذ منه الشريك الثاني

نصيبه ويرجع الباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا
فيه بعد عن الاصول ولا خلاف فيما اعلم بينهم ان من شرط المكاتب ان يكون قويا
على السعي لقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا وقد اختلف العلماء ما الخير الذي
اشترطه الله في المكاتبين في قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعي الاكتساب
والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال اخرون الصلاح والدين وانكر بعض
العلماء ان يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال واجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة
انها كاتبت على ان تسال الناس وكره مالك ان تكاتب الامة التي لا اكتساب
لها بصناعة مخافة ان يكون ذلك ذريعة الى الزنى واجاز مالك كتابة المدبرة وكل
من فيه بقية رق الا ام الولد لانه ليس له عنده ان يستخدمها واما المكاتب فاتفقوا
على ان من شرطه ان يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم
واختلفوا هل للمكاتب ان يكاتب عبده ام لا فهذا فيما يجوز من افعال
المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك ان يكاتب العبد المأذون له في التجارة لان
الكتابة عتق ولا يجوز له ان يعتق وكذلك لا يجوز كتابة من احاط الدين
بماله الا ان يجيز الغرماء ذلك اذا كان في ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن
رقبته واما كتابة المريض فانها عنده من الثلث يوقف حتى يصح او يموت
فيكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حاباه كان كذلك وان لم يحابه مضى
وان ادى وهو في المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه
كما يجوز ان يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه مشهورات المسائل التي
تتعلق بالاركان اعني المكاتب والمكاتب والكتابة واما الاحكام فكثيرة
وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه ان تكون
اجناس من الاحكام الاول في هذا العقد وهو ان يقال متى يعتق المكاتب

ومتى

ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق المكاتب او يرق وما يدخل معه
في حكم الكتابة مما لا يدخل وتبيين ما يبقى وحظه من الحق مما لم يبق عليه ولنذكر ان ذكر
مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة الجنس
الاول فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا ادى جميع
الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقي عليه
من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروي عن السلف المتقدم
سوى هذا القول الذي عليه الجمهور اقوال اربعة احدها ان المكاتب يعتق
بنفس الكتابة والثاني انه يعتق منه بقدر ما ادى والثالث انه يعتق ان ادى
النصف فاكثر والرابع ان ادى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه
ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
ايما عبد كاتب على مائة اوقية فاداها الا عشرة اواق فهو عبد وايما عبد
كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وعمدة من راى انه يعتق
بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من
سيده فاذا عجز لم يكن الا ان يتبعه بالمال كالواجب على من اشترى منه الى اجل وقد
مات وعمدة من راى انه يعتق منه بقدر ما ادى ما رواه يحيى بن ابي كثير عن عكرمة
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يودى المكاتب بقدر ما ادى دية
حر وبقدر ما رق منه دية عبد خرجه النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان
الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روي من صحيفة وبهذا القول
قال علي اعني بحديث ابن عباس وروي عن عمر بن الخطاب انه اذا ادى الشطر
عتق وكان ابن مسعود يقول اذا ادى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة
فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم

وفي المسئلة قول خامس اذا ادى الثلاثة الارباع عتق وبقي ما بقي دينا في المال
وقد قيل ان ادى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عباس وزيد بن ثابت
والاشهر عن عمر وام سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هولاء هو الذي اعتمده
فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا تشكك فيها وروى ذلك
في موطئه وايضا فهو احوط للاموال السادات وان في المبيعات ان يرجع في عين المبيع
اذا افلس المشتري الجنس الثالث واما متى يجوز لهم ان يتفقوا على انه انما يجوز
اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب اختلافهم واختلفوا هل للعبد
او يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب او ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعي
الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة قال مالك وابو حنيفة
الكتابة عقد لازم من الطرفين اي بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك
ان العبد والسيد لا يخلو ان يتفقا على التعجيز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما
ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد او بالعكس فيجتمع في هذه المسئلة على
الكتابة ويريد العبد التعجيز واذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين
احدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد او لم يكن فان كان دخل معه ولد في الكتابة
فلا خلاف عنه انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان احداهما
انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال ابو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك وان طلب
العبد التعجيز وابى السيد فليس ذلك للعبد ان كان له مال او كانت له قوة على
السعي واما ان اراد السيد التعجيز واباه العبد فانه لا يعجزه عند
الا بحكم الحاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على
الاداء ويرجع الى عمدتهم في اصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعي
ما روي ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني اريد ان تشتريني

وتعتقيني

477

وتعتقيني فقالت لها ان اراد اهلك فجاءت اهلها فباعوها وهي مكاتبة خرجه
البخاري وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة لان فسخ العقد
في هذا المعنى يجب ان يكون بحكم السيد وذلك ان العقود من شانها ان يكون
اللزوم فيها والخيار مستويا في الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من
الطرف الثاني فخارج عن الاصول او عللوا حديث بريرة بان الذين باعها اهلها كانت
كتابتها لا ارقتها والحنفية تقول لما كان المغلب في الكتابة حق العبد وجب ان
يكون العقد لازما في حق الآخر المغلب عليه وهو السيد اصله النكاح لانه غير
لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية
تعترض هذا بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان له ان يسترجع
الصداق الجنس الثالث واما حكمه اذا مات حرا ولم يقبل ان يؤدي من الكتابة
شيئا فانهم اختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك
مالا فيه وفاء للكتابة ادوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة
على السعي سعوا على نجوم ابيهم حتى يعجزوا او يعتقوا وان لم يكن عندهم مال
ولا قدرة على السعي رقوا وانه ان فضل من الكتابة شيء من ماله ورثوه
على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين معه في الكتابة
دون سواهم ممن يرثه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال
ابو حنيفة انه يرثه بعد اداء كتابته من المال الذي ترك جميع اولاده الذين
كانت عليهم او ولدوا في الكتابة وما لم يشتره وعلى ولده الذين كانت
عليهم ان يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة
الاب وسقوط حصة الاب عنهم وقال ابو حنيفة وسائر الكوفيين

احمد

والذين قالوا يسعون فيما قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي وقيل بالثمن
وقيل حصته على عدد الرؤوس وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب من الأبناء الذين
كاتب عليهم لأن الذين ولدوا في الكتابة إنما دخلوا في الكتابة فهم تبع لأبيهم وعمدة
مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات
لم تسقط حصته عن الباقين وعمدة الفريق الثالث أن الكتابة لا تنفسخ وروي عن مالك وعبد الملك
بن مروان في موته مثل قول الكوفيين وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب
فعند مالك أنه يموت مكاتبا وعند أبي حنيفة أنه يموت حرا وعند الشافعي أنه يموت عبدا
وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما
وسط فإذا مات المكاتب فليس حرا بعد لأن الحرية إنما تجب بعد أداء كتابته وهو
لم يؤدها بعد فبقي أنه مات عبدا إلا أنه لا يصح أن يعتق الميت وعمدة الحنفية أن
العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لأنه ليس له أن يرق نفسه
والحرية وبين الكتابة فمن حيث لم يورثه أولاده الأحرار حكم له بحكم العبيد
ومن حيث لم يورث سيده ماله جعل له حكم الأحرار والمسألة محل الاجتهاد و
مما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين
لا يقدرون على السعي وأرادت الأم أن تسعى عنهم فقال مالك لها ذلك وقال
الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم أن أم الولد إذا مات المكاتب مال
من مال السيد وأما مالك فيرى أنها من الكتابة التي سيدها صار إليها والى
بنيها ولم يختلف قول مالك أن المكاتب إذا ترك بنين صغارا لا يستطيعون
السعي وترك أم ولد لا تستطيع السعي أنها تباع ويؤدى منها ما في الكتابة
وعند أبي حنيفة يوسف ومحمد عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب

مالك

475

مالك في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء لكتابته هل تعتق أم
الولد أم لا فقال ابن القاسم إذا كان معها ولد عتقت وإلا رقت وقال أشهب تعتق
على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب من مال سيده لا ينتفع به
البنون في الأداء وما عليهم من كتابتهم إن كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا
ولدوا في الكتابة وإنما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون ولا يحوز ومذهب
ابن القاسم كأنه استحسان الجنس الرابع وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد
الكتابة واتفقوا من هذا الباب أن ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب إلا
بالشرط لأنه عقد لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له في الكتابة
وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعني إذا اشترطه
المكاتب وهذه المسألة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يتبعه
ماله أم لا وقد تقدم ذلك الجنس الخامس وهو النظر فيما يجوز فيه على المكاتب
مما لا يجوز وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول إنه قد اجتمع العلماء من هذا
الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئا له قدر ولا يعتق ولا يتصدق
بغير إذن سيده وأنه يحجر عليه هذه الأمور وأشباهها أعني أنه ليس له أن يخرج
من يده شيئا من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو إذا لم يعلم السيد
بهبته أو عتقه إلا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء أن ذلك نافذ
ومنعه بعضهم وعمدة من منعه أن ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها
فكان باطلا وعمدة من أجازه أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة
أن يعجز العبد وسبب الخلاف هل إذن السيد من شرطه ومما أعني العقد

او من شرط عتقه فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان اعتق ومن قال من
شرط اللزوم قال يجوز اذا اعتق لانه وقع عقدا صحيحا فلما ارتفع الاذن الذي في
فيه صح العقد فيما او اذن هذا كله عند من اجاز عتقه اذا اذن السيد وان الناس اختلفوا
في ذلك ايضا بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز
وقال قوم لا يجوز وبه قال ابو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان
والذين اجازوا ذلك اختلفوا في ولاء العتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب
قبل ان يعتق كان ولاؤه لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال
قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء
يكون للمعتق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته
فلم يجز عتقه وعمدة من راى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق
بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح او يسافر
بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده واباح بعضهم
النكاح له واما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك
ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب واجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة
في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر ان به
يقوى على التكسب في اداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة
اقوال احدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط
عليه الا يسافر وبه قال ابو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له ان يسافر
الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان مطلق عقد الكتابة له ان يسافر

الا ان يشترط

الا ان يشترط عليه سيده الا يسافر وبه قال احمد والثوري وغيرهما واباح بعضهم
النكاح له ومن هذا اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبده فاجاز ذلك مالك ما لم يرد به
المحاباة وبه قال ابو حنيفة والثوري وللشافعي قولان احدهما اثبات الكتابة و
الاخر ابطالها وعمدة الجماعة انه عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر
العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعي ان الولاء لمن اعتق ولا ولاء
للمكاتب لانه ليس حرا واتفقوا على انه لا يجوز ان يهب شيئا من ماله ولا الانتفاع منه
بشيء واختلفوا في وطء السيد امته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال احمد
وداود وسعيد بن المسيب ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء
تقع الفرقة فيه الى اجل فاشبه النكاح الى اجل وعمدة الفريق الثاني تشبيهها
بالمدبرة واجمعوا على انها اذا عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك
اذا وطئها هل عليه حد ام لا فقال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال
بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق لها والعلماء بالجملة مجمعون على
انه في احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك
مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع
المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم اذا رضي المكاتب
بالبيع جاز وهو قول الشافعي لان الكتابة ليس بعقد لازم في حق العبد واحتج
بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك
من نقض العهد وقد امر الله بالوفاء وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة
عقد لازم او لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز
ذلك واجازه مالك وراى الشفعة فيه للمكاتب ومن اجاز ذلك شبهه ببيعها
ببيع الدين ومن لم يجز ذلك راه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة

فيها بالشفعة وفي ذلك اثر عن النبي صلى الله عليه وسلم اعني في الشفعة في الدين وذهب
مالك في بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لئلا يدخل ذلك
من الدين بالدين فان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب او فضة معجلة او
بعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشتري ومن مشهور الباب اختلافهم
هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة ام لا واما شروط الكتابة فمنها شروط هي
من شرط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان الكتابة ومنها شروط هي مفسدة
للتراضي ويفسده الشرط ومنها ما يفسد العقد ومنها ما ان تمسك بها افسدت
العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط
جائزة لازمة وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا
كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة
هي الشروط التي هي ضد شرط من شروط الصحة المشترطة في العقد والشروط الجائزة
هي التي لا تؤدي الى اخلال بشرط من شروط الصحة للعقد و زيادة ممنوعة
الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو
منها شرط صحة مما ليس هو ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط وهي الشروط
التي ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغي
ان يفهم في سائر العقود الشرعية ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا
اشترط في الكتابة شرطا من خدمة او سفر وقوي على اداء نجومه قبل محل
اجل الكتابة هل يعتق ام لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق
اذا ادى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأتي بذلك
الشرط وعمدتهم ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه اعتق رقيق الامارة
وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعده ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا اعتقه

سيده

سيده على ان يخدمه سنين انه لا يلزمه عتقه الا بخدمته ولذلك القياس قول
من قال ان الشرط لازم وهذه المسائل واقعة في اصول هذا الكتاب وها هنا
مسائل تذكر في هذا الباب وهي من كتب اخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا
الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت
على انها اصول لذلك كان الاولى ذكرها في تلك الكتب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج
السيد ابنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي
ينفسخ النكاح لانها ملكت جزءا منه وملك يمين المراة محرم عليها بالاجماع
وقال ابو حنيفة لا يفسخ النكاح لان الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب
لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هي احق بكتاب النكاح ومن هذا الباب
اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه ديون وبعض الكتابة هل يحاص
سيده الغرماء اولا فقال الجمهور يحاص الغرماء وقال شريح وابن ابي ليلى
وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا جنى وعليه
ديون يغترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته ام لا فقال مالك والشافعي
وابو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثوري واحمد ياخذونه الا ان
يفتكه السيد واتفقوا على انه ان عجز عن عقل الجنايات انه يسلمه فيها
الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يحاص سيده الغرماء ولا يحاصه
هو من كتاب التفليس والقول في جنايته هو من باب الجنايات ومن
مسائل الاقضية التي هي فروع هذا الباب واصل باب الاقضية
اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال
مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف

يتعلم العلم ويتعلم الصنعة قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة
لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ومن وفقت له من هذا الباب
مسائل مشهورة الخلاف فيها بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع
وينبغي ان تعلم ان قصدنا في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة
التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في
الشرع وهي التي تتنزل منزلة الاصول من المسكوت عنها في الشرع وذلك
ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير ما مرة انما هو ان نثبت المسائل
المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل
المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار معرفة
هذين الصنفين من المسائل ~~المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها~~
تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر
الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم
او لم ينقل وينبغي ان يكون من قرب في هذه المسائل وفهم اصول الاسباب
التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة من النوازل
ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسألة
الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه اصله وحيث لم يخالف
وذلك اذا نقل عنه فتوى في ذلك واما ان لم ينقل في ذلك فتوى او لم يبلغ
ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان ياتي بالجواب بحسب اصول
الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤدي اليه اجتهاده
ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك

كتابا

478

كتابا جامعا لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه
مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة
فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده
في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي منه جارية مجرى الاصول لما
جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى وهو
بين ان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد
اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه ما يكفيه
في ذلك ولذلك رأينا ان اخص الاسماء بهذا الكتاب هو ان نسميه كتاب
كمل كتاب الكتابة بحمد الله وحسن عونه بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله
على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب التدبير

والنظر في التدبير في اركانه وفي احكامه اما الاركان فهي اربعة
المعنى واللفظ والمدبِّر والمدبَّر اما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام
المدبر الركن الاول فنقول اجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول
السيد لعبده انت حر عن دبر مني او يطلق فيقول انت مدبر وهذا ان
عند جمهور العلماء تدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على صنفين
منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان
جعل التدبير لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا
في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية او حكم التدبير
اعني اذا قال انت حر بعد موتي فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر
بعد موتي فالظاهر انه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيه الا ان يريد

التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول ابي حنيفة
قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون
على سفر او يكون في مرض وما اشبه ذلك من الاحوال التي جرت العادة ان يكتب
الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي
ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير واما على مذهب
من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس من كناياته ولا صريحه
وذلك ان من يحمله على الوصية فليس عنده من كناياته ولا من صريحه
ومن يحمله على التدبير ويفرق بينه وبين الوصية فهو عنده من كناياته واما
المدبر فانهم اتفقوا على ان الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح
العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملكه كله او بعضه واختلفوا
في من ملك بعض عبد فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذي لم يدبر حظه خيار
ان احبهما ان يتقاوماه فان صار للذي دبره كان مدبرا كله وان
لم يصر له انتقض التدبير والخيار الثاني ان يقومه عليه الشريك وقال
ابو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته
وان شاء استسعى العبد في القيمة الحصة التي له فيه وان شاء قومها
على شريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى العبد وقال
الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر
نصفه او ثلثه على ما هو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء
ولم يقوم النصف الباقي منه على السيد على مذهب سنة العتق لان المال
ثم صار لغيره وهم الورثة وهذه المسألة هي من الاحكام لا من الاركان
اعني

اعني احكام المدبر فلتثبت في الاحكام واما المدبر فاتفقوا على ان من شرطه
ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا او مريضا وان من شرطه
الا يكون ممن احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على ان الدين يبطل التدبير
واختلفوا في تدبير السفيه فهذه هي من اركان الكتاب واما احكامه فاصولها
راجعة الى خمسة اجناس احدها مما يخرج المدبر هل من راس المال او الثلث
والثاني ما يبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه اعني ما دام حيا
والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه والرابع مبطلات التدبير
الطارئة عليه والخامس في احكام تبعيض التدبير الجنس الاول فاما
مما ذا يخرج المدبر اذا مات فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور
الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من راس المال ومعظمهم اهل
الظاهر فعمدة من راى انه من الثلث تشبيهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد
روي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر من الثلث الا انه
ضعيف عند اهل الحديث لانه رواه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع
عن ابن عمر وعلي بن ظبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن رآه من
راس المال شبهه بالشيء يخرجه الانسان من ماله في حياته فاشبه الهبة
واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له
في صحته واعتق في مرضه الذي مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجميع
بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق
البتل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده في التدبير وهذه المسألة
هي احق بكتاب الوصايا واما الجنس الثاني فاشهر مسألة فيه هو هل

احمد

المدبر اهل يبيع المدبر ام لا فقال مالك وابو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة
ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعي واحمد واهل الظاهر وابو ثور له
ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف
ابو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فرع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري
فقال مالك ينفذ العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء
اعتقه المشتري او لم يعتقه وهؤلاء قاسوه من جهة انه ممنوع وعمدة من اجاز
بيعه ما ثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبرا وربما
شبهوه بالوصية واما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اوفوا بالعقود ولانه عتق الى اجل فاشبه ام الولد او اشبه العتق المطلق
فكان سبب الاختلاف في هذه المسألة معارضة القياس للنص او العموم للخصوص
ولا خلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر
احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور
العلماء على جواز وطئها وروي عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي
كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها
التدبير وعمدة الجمهور بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة
الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمنكحة الى اجل وهي
المتعة واتفقوا على ان للسيد في المدبرة الخدمة وللسيد ان ينتزع ماله
منه متى شاء كالحال في العبد فقال مالك الا ان يمرض مرضا مخوفا فليس
له ذلك الجنس الثالث فاما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فمن مسائلهم
المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها

من نكاح

من نكاح او زنى فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون ويرقون
برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه انهم لا يعتقون بعتقها واجمعوا
على انها اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتقها ويرقون برقها
وعمدة الشافعي انهم اذا لم يعتقوا في العتق الناجز فاحرى الا يعتقوا في العتق
المؤجل بالشرط وايضا باجماعهم على ان الموصى بها بالعتق لا يدخل فيه
بنوها والجمهور راوا ان للتدبير حرمة ما فاوجبوا اتباع الولد تشبيها
بالكتابة وقول الجمهور مروي عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول
الشافعي مروي عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن ابي رباح ومكحول وتحصيل
مذهب مالك في هذا ان كل امرأة فولدها تابع لها ان كانت حرة فحر وان كانت
مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر او معتقة الى اجل فمعتق وكذلك
ام الولد فولدها بمنزلتها وخالفه في ذلك اهل الظاهر وكذلك المعتق
بعضه عند مالك واجمع العلماء على ان كل ولد من امة في وجه تابع لامه
في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا
فيه من التدبير ومن امة زوجها عربي واجمعوا على ان كل ولد من ملك
اليمين انه تابع لابيه ان حرا فحر وان عبدا فعبد وان مكاتبا فمكاتب واختلفوا
في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الامة اعني انه مدبر
وقال الشافعي وابو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك
الاجماع على ان الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر وللسيد انتزاعه
منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك
الجنس الرابع واما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظه له

في عبده وان يدبر شقصا منه ونظر في هذا الموضع اولى فلينتقل اليه واما من دبر
جزءا من عبده فقوله كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق
عند مالك واما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير فمن هذا الباب اختلافهم
في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة
ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة
او لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبدا له نصرانيا فيسلم
العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره
وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع
عليه حتى يتبين امر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط
بماله وقال الكوفيون اذا اسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته
ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما كمل
كتاب التدبير بحمد الله وحسن عونه بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله
على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم تسليما

كتاب امهات الاولاد

واصول هذا الباب النظر هل تباع ام الولد ام لا وان كانت لا تباع فمتى
ام الولد اعني بماذا تكون ام ولد وما يبقى لسيدها فيها من احكام العبودية
ومتى تكون حرة فاما المسئلة الاولى فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم
وخلفهم فالثابت عن عمر انه قضى بانها لا تباع وانها حرة من راس
مال سيدها وروي مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين
وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وابن عباس وابن الزبير وجابر
ابن عبد الله وابو سعيد الخدري رضوان الله عليهم يجيزون بيع ام الولد وبه قالت

الظاهرية

الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر ثم نهانا
عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه اهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال
الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا انه لما انعقد الاجماع
على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الا ان يدل الدليل
على غير ذلك وقد تبين في كتب الاصول ضعف هذا الاستدلال وانه لا يصح عند
من يقول بالقياس وانما يكون ذلك بحسب راي من ينكر القياس وربما احتج
عليه الجمهور بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى
وذلك انهم يقولون اليس يعترفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال
حملها فاذا كان ذلك وجب ان يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتاخرين
من اهل الظاهر احدثوا في هذا الاصل نقضا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها
حاملا ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الاثار ما روي عنه عليه السلام
انه قال في مارية سريته لما ولدت ابنه ابراهيم اعتقها ولدها ومن ذلك ايضا
حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امة ولدت من
سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند اهل الحديث حكى ذلك
ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشان وربما قالوا ايضا من
طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بضعة
منها وحكي هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه حين راى ان لا يبعن فقال قد خالطت
لحومنا لحومهن ودماؤنا دماؤهن واما متى تكون ام ولد فانهم اتفقوا
على انها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها حاملا
منه او بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها

ثم ملكها او ولدها وقال ابو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي
حامل ان تكون ام ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع
الرجل ام ولده وقد قال عليه السلام بعثت لاتمم مكارم الاخلاق واما بماذا تكون
ام ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة
كانت به ام ولد وقال الشافعي لابد ان يوثر في ذلك شيء مثل الخلق والتخطيط
واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة او ما يتحقق انه مولود
واما ما يبقى فيها من احكام العبودية فانهم اتفقوا على انها في شهادتها وحدودها
ودياتها وارش جراحها كالامة وجمهورهم منع بيعها ليس يرون هاهنا
سبيلا الى عليها يوجب بيعها الا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انها اذا
زنت رقت واختلف مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلالها
ابدا فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك
وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك استخدامها الا ترى ان اجارة
بنيها من غيره جائزة لان فيه منهم عنوة اضعف وعمدة الشافعية انعقاد
الاجماع على انه لا يجوز له وطؤها وسبب الخلاف في تردد اجازتها بين اصلين احدهما
وطؤها والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبها واما متى تكون حرة
فانه لا خلاف بينهم ان ذلك الوقت هو اذا مات السيد. بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

كتاب الجنايات.

والجنايات التي لها حدود مشروعة
اربع جنايات على الابدان والنفوس وهو المسمى قتلا وجرحا وجنايات
على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنايات على الاموال وهذه ما كان
منها ماخوذا بحرب سمي حرابة اذا كان منها ماخوذا بحرب سمي حرابة اذا كان

بغير

بغير تاويل وان كان بتاويل سمي بغيا وما كان منها ماخوذا على وجه المغافصة من
حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا وجنايات
على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع
من الماكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد
متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدئ منها بالحدود التي في الدماء
فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو اما قصاص واما مال وهو الذي
يسمى الدية فاذا النظر في هذا الكتاب ينقسم اولا الى قسمين النظر في القصاص والنظر
في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس والى القصاص في الجوارح
والنظر ايضا في الديات ينقسم في النظر الى ديات النفوس والى النظر في ديات قطع
الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الى كتابين احدهما يرسم عليه كتاب القصاص
والثاني يرسم عليه كتاب الديات كتاب القصاص وهذا الكتاب ينقسم الى
قسمين الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني في القصاص في الجوارح فلنبدأ
من القصاص في النفوس.

كتاب القصاص.

في النفوس والنظر اولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب اعني الموجب
للقصاص والى النظر في الواجب اعني القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فلنبدأ اولا
بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذي
يجب بهما القصاص فانه ليس اي قاتل اتفق يقتص منه ولا باي قتل
اتفق ولا من اي مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود اذ كان المطلوب
في هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر في القاتل ثم في القتل ثم في المقتول القول
في شروط القاتل ثم القتل ثم المقتول فنقول انهم اتفقوا على ان القاتل الذي
يقاد منه يشترط فيه باتفاق ان يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل غير مشارك

له غيره. واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعي
والثوري وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الآمر
وقالت طائفة يقتلان جميعا وهذا إذا لم يكن هناك إكراه ولا سلطان للآمر
على المأمور وأما إذا كان للآمر سلطان على المأمور أعني المباشر فإنهم اختلفوا
في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه
قال داود وأحمد وأبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتل المأمور
دون الآمر وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعا وبه قال مالك فمن لم يوجب
حدا على المأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع
لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار
له وذلك أن المكره يشبه المختار من جهة ويشبه من جهة المضطر المغلوب
مثل الذي يسقط من علو والذي تحمله الريح من موضع إلى موضع ومن رأى
قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل
الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد
أنه ليس ينطلق عليه قاتل إلا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره
على القتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن
له أن يقتل إنسانا فيأكله وأما المشارك للقاتل عمدا في القتل فقد يكون
القتل عمدا وخطأ وقد يكون مكلفا وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة
بالواحد وأما إذا اشترك في القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل
عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد
فإن العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص
وعلى المخطئ والصبي نصف الدية إلا أن مالكا يجعله على العاقلة والشافعي

في ماله

في ماله على ما بيناه وكذلك قال في الحر والعبد يقتلان العبد عمدا أن العبد يقتل
وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذمي يقتلان جميعا وقال أبو حنيفة
إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على
واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية أن هذه شبهة فإن القتل لا يتبعض
ويمكن أن يكون إتلافه بفعل من لا قصاص عليه كإمكان ذلك ممن عليه
القصاص وقد قال عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب
بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ
لحوطة الدماء فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف
في القياس وأما صفة الذي يجب به القصاص فقد اتفقوا على أنه العمد وذلك أنهم
أجمعوا على أن القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا في هل بينهما وسط أو لا وهو
الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك
نفيه إلا في الابن مع أبيه وقد قيل إنه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى وبالثالثة
قال عمر بن الخطاب وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري
والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه
العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي يقع بها القتل وإلى
الأحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما يشبه ذلك فهو
شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال
الشافعي شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به
القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما
جميعا وهو حسن وعمدة من نفى شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد
أعني بين أن يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من أثبت الوسط أن النية

لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب اخر بآلة
تقتل غالبا كان حكمه حكم العامد اعني حكم من قصد القتل فقال بالاطلاق ومن
قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ
هذا في ظننا لا في نفس الامر عند الله اما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه واما
شبهه للخطأ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روي حديث مرفوع الى
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط
والعصا من الحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها اربعون في بطونها اولادها
الا انه حديث مضطرب عند اهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره
ابو عمر بن عبد البر وان كان ابو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند
مالك يجب به القصاص ومن اثبت شبه العمد يجب به عنده الدية ولا خلاف في
مذهب مالك ان الضرب الذي يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص
واختلفوا في الذي يكون عمدا على وجه اللعب وعلى وجه الادب لمن ابيح له الادب
واما الشروط التي يجب بها القصاص في المقتول فهو ان يكون مكافيا لدم القاتل
والذي يختلف النفوس به هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية
والانوثية والواحد والكثير واتفقوا على ان المقتول اذا كان مكافيا للقا تل
في هذه الاربعة اما الحر اذا قتل العبد عمدا فان العلماء اختلفوا فيه فقال
مالك والشافعي والليث واحمد وابو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال ابو حنيفة
واصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان
عبد القاتل او غير عبد القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد
احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر
بالحر والعبد بالعبد ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه السلام

المسلمون

المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم
فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق بعضهم
ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة ايضا
لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من قتل عبدا قتلناه ومن جهة المعنى قالوا ولما كان قتله محرما كقتل
الحر وجب ان يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر واما قتل المؤمن بالكافر
الذمي فقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن
بكافر وممن قال به الشافعي والثوري واحمد وداود وجماعة وقال قوم
يقتل وممن قال بذلك ابو حنيفة واصحابه وابن ابي ليلى وقال مالك والليث
لا يقتل به الا ان يقتله قتل غيلة وقتل الغيلة ان يضجعه فيذبحه وخاصة
على ماله وعمدة الفريق الاول ما روي من حديث علي انه سأله قيس بن
عباد والاشتر هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده
الى الناس قال لا الا ما في كتابي واخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون
تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم
الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث حدثا او آوى محدثا
فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين خرجه ابو داود وروي ايضا من حديث عمرو
بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن
بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على انه لا يقتل المسلم بالحربي الذي امن
واما اصحاب ابي حنيفة فاعتمدوا في ذلك اثارا منها حديث يرويه
ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن قال قتل رسول الله صلى الله عليه

وسلم رجلا من اهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال انا احق من وفى بذمته ورووا
ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر
انه اريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف اهل الحديث حديث عبد الرحمن
السلماني وما رووا من ذلك عن عمر واما من طريق القياس انهم اعتمدوا على اجماع
المسلمين في ان يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا واذا كانت حرمة ماله
كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه فسبب الخلاف في تعارض الاثار والقياس
واما قتل الجماعة بالواحد فان جماعة فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة
بالواحد منهم مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد وابو ثور وغيرهم وسواء
كثرت الجماعة او قلت وبه قال عمر حتى روي انه قال لو تمالا عليه اهل صنعاء
لقتلتهم جميعا وقال داود واهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول
ابن الزبير وبه قال الزهري وروي عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع
ايدي بيد ان اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي
باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل النفس بالنفس
ولا تقطع بالطرف الا طرف واحد وسياتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة
من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي
القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب
واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل
بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم
لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي يظن من قبله
اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سببا
للتسلط

للتسلط على اذهاب النفوس من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف واما قتل الذكر بالانثى فان
ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الا ما حكي عن علي من الصحابة
وعن عثمان البتي انه قال اذا قتل الرجل بالمراة كان على اولياء المراة نصف الدية
وحكى القاضي ابو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري انه لا يقتل الذكر
بالانثى وحكاه الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوي لقوله تعالى
والانثى بالانثى وان كان يعارض دليل الخطاب هاهنا العموم الذي في قوله تعالى
وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس لكن يدخل هاهنا ان هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا
وهي مسئلة يختلف فيها اعني هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والاعتماد
على قتل الرجل بالمراة هو نظر للمصلحة العامة واختلفوا من هذا في الاب والابن
فقال مالك لا يقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف
او عصا فقتله لم يقتل به وكذلك الجد عنده مع الحفيد وقال ابو حنيفة والشافعي
والثوري لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باي وجه كان من اوجه
العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس عن النبي عليه السلام
قال لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص
بين المسلمين وسبب اختلافهم ما رواه يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب
ان رجلا من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فاصاب ساقه
فنزي في جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر فذكر ذلك له فقال
اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه
عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفة ثم قال اين
اخو المقتول فقال ها انا ذا فقال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال ليس لقاتل شيء وقال مالك احمل هذا الحديث على انه لم يكن عمدا محضا واثبت
منه شبه العمد فيما بين الابن والاب واما الجمهور فحملوه على ظاهره من انه عمد
لاجماعهم ان من حذف احدا بسيف فقتله فهو عمد واما مالك فرءى ما للاب من
التسلط على تاديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذي يكون في امثال هذه الاحوال
على انه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة وانما يحمل فاعله على انه قصد
القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله ومالك
لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبي لقوة المحبة التي بين الاب والابن والجمهور انما علّلوا
درء الحد عن الاب لمكان حقه على الابن فهذا هو القول في الموجب من هذا والذي يجري
على اصول اهل الظاهر ان يقاد واما القول في الموجب فانهم اتفقوا على ان لولي الدم
شيئين القصاص والعفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال
من القصاص الى العفو على اخذ الدية هو حق واجب لولي الدم دون ان يكون في ذلك
خيار للمقتص منه ام لا تثبت الدية الا بتراضي الفريقين اعني الولي والقاتل
وانه اذا لم يرد المقتص منه ان يودي الدية لم يكن لولي الدم الا القصاص فقط
او العفو فقال مالك لا يجب للولي الا ان يقتل او يعفو عن غير دية الا ان رضي
باعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال ابو حنيفة والثوري
وجماعة وقال الشافعي واحمد وابو ثور وداود واكثر فقهاء المدينة من
اصحاب مالك وغيره ولي المقتول بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ
الدية رضي القاتل او لم يرض وروى ذلك اشهب عن مالك الا ان المشهور عنه
هي الرواية الاولى وعمدة مالك في الرواية المشهورة عنه حديث انس بن
مالك في قصة سن الربيع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله
القصاص فعلم بدليل الخطاب انه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني
حديث

حديث ابي هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين ان ياخذ الدية وبين
ان يعفو وهما حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة في انه ليس له
الا القصاص والثاني نص في اثبات الخيار والجمع بينهما ممكن اذا رفع دليل الخطاب
من ذلك فاذا كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور
على ان الجمع واجب اذا امكن وانه اولى من الترجيح وايضا فان الله تعالى يقول
ولا تقتلوا انفسكم واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه ان يفدي
اصله اذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتري به اعني انه يقضى
عليه بشرائه فكيف بفداء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول اولياء
صغار وكبار ان يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذا كان
الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة وقد كانت وقعت هذه المسألة
بقرطبة حياة جدي رحمه الله تعالى فافتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهو الا ينتظر
الصغير فافتى هو رحمه الله بالانتظار على القياس فشنع اهل زمانه ذلك
عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع في ذلك قولا ينتصر فيه
لهذا المذهب وهو موجود بايدي الناس والنظر في العفو في شيئين احدهما
فيمن له العفو ممن ليس له العفو وترتيب اهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو
في الدية ام لا وقد تكلمنا في من له العفو على الدية واما من له العفو في الجملة
فمنهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك
وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمدا اذا كان له بنون
بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا في اختلاف
البنات مع البنين في العفو والقصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات
فقال مالك ليس للبنات ولا للاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص

او صبي ولا يعتبر قول من ليس من الرجال وكذلك الام في احد الوجهين وقال ابو حنيفة والثوري
واحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في القصاص وفي اسقاط حظه من الدية وفي
الاخرى قال الشافعي كل وارث الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير وعمدة
هؤلاء اعتبارهم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هي للذكور دون الاناث
واختلف العلماء في المقتول عمدا اذا عفا عن دمه قبل ان يموت هل ذلك جائز على
الاولياء وكذلك المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول
عن دمه في العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وابو حنيفة والاوزاعي وهو
احد قولي الشافعي وقالت طائفة لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص او العفو
وممن قال به ابو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة
ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام
في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت او لم يعف وعمدة الجمهور
ان الشيء الذي جعل للولي انما هو حق المقتول فناب فيه منابه واقيم مقامه
فكان المقتول احق بالخيار من الذي اقيم مقامه بعد موته وقد اجمع اهل
العلم ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له ان المراد هنا بالمتصدق هو
المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على ما يعود الضمير في قوله فهو كفارة
له فقيل على القاتل لمن راى انه توبة وقيل على المقتول من ذنوبه
وخطاياه واما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك
والشافعي وابو حنيفة وجميع فقهاء الامصار انه واهب مالا بعد موته فلم
يجز الا الثلث اصله الوصية وعمدة الثانية انه اذا كان له ان يعفو عن الدم
فهو احرى ان يعفو عن المال وهذه اخص بكتاب الديات واختلف العلماء
اذا عفا المجروح عن الجراح فمات منها هل للاولياء ان يطالبوا بدمه او لا

فقال مالك

فقال مالك لهم ذلك الا ان يقول عفوت عن الجراح وعما تؤول اليه وقال ابو يوسف
ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحة عفو عن الدية كلها
واختاره المزني من اقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد
اسقاط دية الجراح الذي عفا عنه وهو قول الثوري واما من يرى انه لا يعفو عن
دمه فليس يتصور معه خلاف في انه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان
عفوه عن الدم لا يسقط حق الولي فاحرى ان يسقط عفوه عن الجراح واختلفوا
في القاتل عمدا يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق ام لا فقال مالك والليث
انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال اهل المدينة وروي ذلك عن عمر وقالت طائفة
الشافعي واحمد واسحاق وابو ثور لا يجب عليه ذلك وقال ابو ثور الا ان يكون يعرف
بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى الا اثر ضعيف وعمدة
الطائفة الثانية ظاهر الشرع وان التحديد في ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف
ثابت في ذلك القول في القصاص والنظر في القصاص في من يكون ومتى يكون
واما صفة القصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص
من القاتل على الصفة التي قتل بها فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن
قتل بضرب حجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا الا ان يطول
تعذيبه بذلك فيكون السيف له اروح واختلف اصحاب مالك فيمن حرق
آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في اختيار صورة القتل وكذلك فيمن قتل
بالسهم وقال ابو حنيفة واصحابه باي وجه قتله لم يقتل الا بالسيف و
عمدتهم ما روى الحسن البصري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود
الا بحديدة وعمدة الفريق الاخر حديث انس ان يهوديا رضخ راس امراة بحجر

من فعل النبي صلى الله عليه وسلم واستحيا أو قال عجبت وقوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى الآية والقصاص يقتضي المماثلة وأما من يكون القصاص فالاتفاق
أنه يكون من ولي الدم وقد قيل أنه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجوز فيه
وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والإعذار إلى القاتل في ذلك إن لم يكن
مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص ألا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن
الحامل إذا قتلت عمدا أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله عليه سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

كتاب الجراح والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية
أو العفو ومنها ما فيه الدية والعفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضا
ههنا في شروط الجارح والجرح الذي يجب به القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب
الذي هو القصاص وفي بدله إن كان له بدل ويشترط في الجارح أن يكون مكلفا كما
يشترط في القاتل وهو أن يكون عاقلا بالغا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن
بلا خلاف وإن كان الخلاف في مقداره فأقصاه ثمانية عشر وأقله خمسة عشر
وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه
إذا كان مما فيه القصاص واختلفوا إذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال
أهل الظاهر لا يقطع يدان بيد وقال مالك والشافعي تقطع الأيدي باليد
الواحدة كما يقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية
بين النفس والأطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو ويقتل أنفس بنفس
وعندهم أن الأطراف تتبعض وإزهاق نفس بنفس وعندهم أن الأطراف لا تتبعض
واختلف في الإنبات فقال الشافعي هو بلوغ بإطلاق واختلف المذهب
فيه

فيه بالحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والأصل في هذا حديث بني قريظة أنه عليه
الصلاة والسلام قتل منهم من جرت عليه المواسي كما أن الأصل في السن حديث
ابن عمر أنه عرض يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه وقبله يوم أحد
وهو ابن خمس عشرة سنة وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا
لدم الجارح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فإنهم اختلفوا
في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص
من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص من كل
واحد منهما للكل واحد منهما ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال
يقتص من الأدنى للأعلى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون
الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه
حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم من بعض فإن للعلماء فيهم ثلاثة
أقوال أحدها أن القصاص في النفس وما دونها وهو قول مالك والشافعي وابن
شبرمة وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب والقول الثاني أنه لا قصاص
بينهم لا في النفس ولا في جرح كالبهيمة وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة
والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال أبو حنيفة
والثوري وروي ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى العبد
بالعبد وعمدة الحنفية ما روي عن عمران بن حصين أن عبدا لقوم فقراء قطع
أذن عبد لقوم أغنياء فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه
فهذا هو حكم النفس وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد
أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو أن يكون يتلف فيه جارحة

من جوارح المجروح أو لا يتلف فإن كان مما لا يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد
ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا وأما إن جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح
به غالبا أو على وجه الأدب فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي
يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما لا يقتل غالبا إلا أن أبا حنيفة يعتبر الآلة
حتى يقول إن القتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ أعني بالخلاف هل فيه
القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه دية وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة
من جوارح المجروح فمن شروط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف وفي تمييز
العمد منه من غير العمد خلاف أما إذا ضربه على العضو نفسه فضربه بآلة
تقطع العضو غالبا أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص وأما
إن ضربه بلطمة أو سوط وما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف
العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد
ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك
والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه وذهب
أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما يقع في النفس لا في الجرح
وأما إن جرحه فأتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان أحدهما وجوب
القصاص والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه قولان الدية
مغلظة وقيل دية الخطأ أعني فيما فيه دية وكذلك إذا كان على وجه
الأدب ففيه الخلاف وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشروط
التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص وذلك فيما أمكن فيه
القصاص وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه إتلاف النفس وإنما

صار

صار إلى هذا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة
والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى
هذه من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ
وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال القصاص ومرة
قال الدية وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي من القصاص مثل
الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضا
عند مالك عدم المثل مثل أن يفقأ الأعمى عين البصير واختلفوا من هذا في
الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور إن أحب الصحيح أن يستقيد
منه فله القود واختلفوا إذا عفا عن القود فقال قوم إن أحب فله الدية كاملة
ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له إلا نصف دية وبه أيضا قال الشافعي
وهو أيضا منقول عن مالك بقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة
من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود
وما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة وروي
هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة
عينين فمن فقأها فعليه واحدة فكأنه اقتص من اثنتين بواحدة وإلى هذا ذهب
من رأى أنه إذا ترك القود أن له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد
ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أخل بالأصل فتأمله
فإنه بين والله أعلم وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية
أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان
عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك اختلف قول مالك في الأعور يفقأ عين

الصحيح في ذلك ان يعفى عن الاعور بعينه او ياخذ الدية الف دينار او خمسمائة
على الاختلاف في ذلك واما متى يستقاد من الجرح فعمدة مالك انه لا يقاد من
جراح الا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر
ومالك راى ان يعتبر ما يؤول اليه امر الجرح مخافة ان يفضي الى اتلاف النفس
واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي
وابو يوسف لا شيء على المقتص وروي عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال احمد
وابو ثور وداود وقال ابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى وجماعة اذا مات وجب
على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي الذي يسقط
عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق
الاول اجماعهم على ان السارق اذا مات من قطع يده انه لا شيء على الذي قطع يده
وعمدة ابي حنيفة انه قتل خطا وجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد
ولا في البرد مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط في جواز القصاص
وهو غير الحرم وبهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس والبدن وينبغي ان نصير
الى حكم الخطا في ذلك ونبتدئ بحكم النفس القول في ديات النفوس والاصل في هذا
الباب قوله ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله
الا ان يصدقوا والديات تختلف في الشريعة الاسلامية بحسب اختلاف الدماء وبحسب
اختلاف اموال الذين تلزمهم الدية وتختلف ايضا بحسب اذا رضي بها اما الولي فان
واما من له القول على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها
اعني في اي قتل تجب وفي نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب
فاما في اي قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب في قتل الخطا وفي العمد

الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة
المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطا
ما اتفقوا على انه خطا ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صور من ذلك وبالجملة
فهو مثل اختلافهم في تخصيص الاب والمسافر والغائب واما قدرها ونوعها
فانهم اتفقوا على ان دية الحر المسلم على اهل الابل مائة من الابل وهي في مذهب
مالك ثلاث ديات دية العمد اذا قبلت ودية الخطا ودية شبه العمد وهي
عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه واما الشافعي فالدية عنده
اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطا والمغلظة دية العمد
ودية شبه العمد واما ابو حنيفة فالديات عنده اثنان دية الخطا ودية
شبه العمد وليس عنده دية في العمد وانما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا
عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم
تكن الدية عنده الا بالاصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ما روي انها تكون
مؤجلة كدية الخطا فهنا يخرجها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد
عنده ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة
والدية المغلظة عنده اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفة
وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجي بابنه
وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد اثلاثا ايضا وروي ذلك عن عمر وزيد
بن ثابت وقال ابو ثور الدية في العمد اذا عفي ولي الدم اخماسا كدية الخطا واختلفوا
في اسنان الابل في دية الخطا فقال مالك والشافعي هي اخماس عشرون ابنة
مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون

جذعة وعشرون وعن ابن شهاب وربيعة وبه قال ابو حنيفة واصحابه اعني
في التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض وروي عن ابن مسعود
الوجهان جميعا وروي عن علي انه جعلها ارباعا اسقط منها الخمسة والعشرين
بني لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند يدل على ابانته
والله اعلم كما قال ابو عمر بن عبد البر وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون
ابن مخاض ذكورا وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة
واعتل لهذا الحديث ابو عمر بانه روي عن خشف بن مالك عن ابن مسعود وهو
مجهول قال والحجة الى في ذلك الرواية عن علي لانه لم يختلف في ذلك عليه كما
اختلف عن ابن مسعود قال وهذا هو مشهور اقاويلهم في الدية التي تكون من الابل
على اهل الابل واما اهل الذهب والورق فانهم اختلفوا ايضا فيما يجب عليهم
من ذلك فقال مالك على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثني عشر
الف درهم وقال الشافعي بمصر لا يوخذ من اهل الذهب ولا من اهل الورق
الا قيمة الابل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك
تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على اهل الذهب بالف دينار وعلى اهل
الورق باثني عشر الف درهم وعمدة الحنفية ما رواه ايضا عن عمر انه قوم
الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال واما الشافعي فيقول
ان الاصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها الف دينار على اهل
الذهب واثني عشر الف درهم على اهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من
الذهب في زمانه والحجة له ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
انه قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثماني مائة

دينار

دينار وثمانية آلاف درهم ودية اهل الكتاب على النصف من دية المسلمين
قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال ان الابل قد غلت ففرضها
عمر على اهل الورق اثني عشر الف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار
وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل
مائتي حلة وترك دية اهل الذمة لم يرفع فيها شيئا واحتج بعض
الناس لمالك انه لو كان تقويما من عمر لكان ذلك دينا بدين لاجماعهم
ان الدية في الخطا موجلة الى ثلاث سنين ومالك وابو حنيفة والشافعي وجماعة
متفقون على ان الدية لا توخذ الا من الابل او الذهب او الورق وقال ابو يوسف ومحمد
بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على اهل الشاء الفا شاة وعلى اهل
البقر مائتا بقرة وعلى اهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده المتقدم وما اسنده ابو بكر بن ابي شيبة عن عطاء ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في اموالهم ما كانت على اهل الابل
مائة بعير وعلى اهل الشاء الفا شاة وعلى اهل البقر مائتا بقرة وعلى اهل البرود
مائتا حلة وما روي عن عمر بن عبد العزيز انه كتب الى الاجناد ان الدية كانت
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذي اصابه من
الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي مائة
من الابل فعدلها من الشاء الفا شاة ولان اهل العراق ايضا رووا عن عمر مثل
حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده نصا وعمدة الفريق الاول انه لو جاز
ان يقوم بالشاء والبقر لجاز ان يقوم بالطعام على اهل الطعام وبالخيل على
اهل الخيل وهذا لا يقول به احد والنظر في الدية كما قلت في نوعها وفي مقدارها

وفيما تجب ومتى تجب اما فيما ومقدار ما فيه فتكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين
واما على من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطا تجب على العاقلة وانه حكم
مخصوص من عموم قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ومن قوله عليه السلام لابي رمثة
لولده لا يجني عليك ولا تجني عليه واما دية العمد فجمهورهم على انها ليست على
العاقلة لما روي عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة انه قال لا تحمل العاقلة عمدا
ولا عبدا ولا صلحا في عمد وجمهورهم على انها لا تحمل من اصاب نفسه خطا وشذ
الاوزاعي فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك
عندهم في جميع الاعضاء وروي عن عمر ان رجلا فقا عين نفسه خطا فقضى له عمر
بديتها واختلفوا في دية العمد والدية المغلظة على قولين واختلفوا في دية ما جناه
المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وابو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على
العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله وسبب اختلافهم تردد
فعل الصبي بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه المخطئ اوجبها على العاقلة
وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين اوجبوا على العامد القصاص
وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعي على اصله في مال الصبي وقال
مالك على العاقلة واما ابو حنيفة فيرى القصاص بينهما واما متى تجب فانهم
اتفقوا على ان دية الخطا مؤجلة في ثلاث سنين واما دية العمد فحالة الا ان يصطلحا
واما من هم العاقلة فان جمهور العلماء واهل الحجاز اتفقوا على ان العاقلة هي
القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون اهل الديوان وتحمل الموالي العقل
عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالي عصبة وليس فيما
يجب على واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الغني دينار وعلى الفقير
نصف

نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب
من بني ابيه ثم من بني جده ثم من بني ابيه وقال ابو حنيفة واصحابه العاقلة
اهل ديوانه ان كان من اهل ديوان وعمدة اهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان
رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابي بكر ولم يكن هناك ديوان وانما
كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وايما حلف كان في الجاهلية
فلم يزده الاسلام الا قوة وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب
الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة اذا جنى
خطا هل يكون عليه عقل ام لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل
لهم موالي ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالي
يعني داود واصحابه وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال
للسائبة ان يوالي من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت
عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان
الدية هي الانوثة والكفر والعبودية اما دية المراة فانهم اتفقوا على انها على النصف
من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء
على ما سياتي القول في ديات الجراح والاعضاء واما ديات اهل الذمة اذا
قتلوا خطا فان للعلماء في ذلك ثلاثة اقوال احدها ان ديتهم على النصف من
دية المسلم وذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف
من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعند الكوفي دية جراحهم على النصف
من دية المسلمين والقول الثاني ان ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي
وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين

فعمدة الفريق الاول ما روي من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر نصف دية المسلم وعمدة الحنفية
عموم قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله
وتحرير رقبة مومنة ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال دية اليهودي و
النصراني وكل ذمي مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان وعلي حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها
واعطى اهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية والغى الذي
جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقض لي ان اذكر بذلك عمر بن عبد العزيز
فاخبره ان الدية قد كانت تامة لاهل الذمة واما اذا قتل العبد خطا او عمدا
على من لا يرى القصاص عليه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت
على دية الحر وبه قال مالك والشافعي وابو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر
بن عبد العزيز وقال ابو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة
من الفقهاء اهل الكوفة فيه الدية لكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا وعمدة
الحنفية ان الرق حال نقص فوجب الا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من اوجب فيه
الدية ولكن ناقصة من دية الحر انه مكلف ناقص فوجب ان يكون الحكم واحدا بالنوع
ناقصا عن اصله اعني الحر في القذف والحد والطلاق ولو قيل فيه انها تكون
على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه اعني في دية العمد لم يقتل به الحر
وعمدة مالك انه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة اصله سائر الاموال واختلف
في الواجب في العبد على من يجب فقال ابو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو
الاشهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه تشبيها بالعروض وعمدة
الشافعي قياسه على الحر ومما يدخل في هذا الباب من انواع الديات دية

الجنين

الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضا وانما هو عمد
في امه خطا فيه والنظر في هذا الباب هو في الواجب في ضروب الاجنة وصفة
الجنين الذي يجب فيه الدية الواجبة وعلى من تجب وفي شروط الواجب فاما
الاجنة فانهم اتفقوا على ان الواجب في جنين المراة الحرة وجنين الامة من سيدها
هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابي هريرة وغيره ان امراتين
من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فيه بغرة عبد او وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة في ذلك
عند من راى ان الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف
عشر دية امه الا ان من راى ان الدية الكاملة على اهل الدراهم هي عشرة
الاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن راى انها اثنا عشر الف
درهم قال ستمائة والذين لم يحدوا في ذلك حدا ولم يحدوها من جهة
القيمة واجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة
ما بلغت وقال داود واهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة اجزا ولا يجزي عندهم
القيمة في ذلك فيما احسب واختلفوا في الواجب في جنين الامة وفي جنين
الكتابية فذهب مالك والشافعي ان في جنين الامة عشر قيمة امه ذكرا
كان الجنين او انثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقالوا ان كان انثى
ففيه عشر قيمة امه وان كان ذكرا ففيه عشر قيمته لو كان حيا وبه قال ابو حنيفة
ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حيا ان فيه قيمته وقال ابو يوسف
في جنين الامة اذا سقط ميتا فيه ما نقص من قيمة امه واما جنين الذمية
فقال مالك والشافعي وابو حنيفة فيه عشر دية امه لكن ابو حنيفة على اصله
في ان دية الذمي نصف دية المسلم واما صفة الجنين فانهم اتفقوا على ان من

شيء ولهم ان خرج الجنين ميتا ولا تموت امه من الضرب واختلفوا اذا ماتت
امه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال مالك والشافعي لا شيء فيه
وقال اشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري واختلفوا من هذا
الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا او ميتا فمذهب
مالك واصحابه ان علامة الحياة الاستهلال بالصياح او البكاء وقال الشافعي
وابو حنيفة والثوري واكثر الفقهاء كل ما علمت به حياته في العادة من حركة
او عطاس او تنفس فاحكامه احكام الحي واختلفوا من هذا الباب في الصفة
التي توجب الغرة فقال مالك كل ما طرحته من مضغة او علقة مما يعلم انه ولد
ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود ان يعتبر
نفخ الروح فيه اعني ان يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت
واما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن
بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة وممن
قال بذلك الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم انها جناية خطأ
موجبة على العاقلة وما روي ايضا عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه
وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدا بزوجها وولدها فشبهها
بدية العمد اذ كان الضرب عمدا واما لمن تجب فقال مالك والشافعي وابو حنيفة
هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في انها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام
خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من اعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا
فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى ان فيه الكفارة
وذهب ابو حنيفة الى انه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها واما
الشافعي فانه اوجبها لان الكفارة عنده في العمد والخطأ وابو حنيفة فلانه غلب
عليه

عليه حكم العمد والكفارة عنده لا تجب في العمد واما مالك فلما كانت الكفارة
لا تجب عنده وتجب في الخطأ وكان هذا مترددا بين العمد والخطأ استحسن فيه
الكفارة ولم يوجبها ومن انواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب
والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة واحتجوا في قضاء
عمر على الذي اجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل وقال اهل الظاهر لا ضمان على احد
في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابي هريرة
انه عليه السلام قال جرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس
فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم
راوا انه اذا اصابت الدابة احدا وعليها راكب او لها سائق او قائد فان الراكب
او السائق او القائد هو المصيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما اصابت
الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا بعثها
به على ان رمحت برجلها وبه قال الشافعي وابن ابي ليلى وسوى بين الضمان برجلها
وبغير رجلها وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى الرمحة بالرجل او بالذنب وربما
احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روي عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار
ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورد اقاويل العلماء على ان من حفر بئرا فوقع
فيها انسان متعديا فقال مالك ان حفر بئرا في موضع جرت العادة بالحفر
في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في ارض يملكها لم يضمن
وان حفر فيما لا يملك ضمن فما ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة
الموقفة فقال بعضهم ان اوقفها حيث يجوز له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن
وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه ان يربطها

فيه كالإبل ثم ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحا واختلفوا في
الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة
على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي
على كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على أن الطبيب
إذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك
لأنه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية أنه ليس عليه شيء وذلك عنده
إذا كان من أهل الطب ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه
متعد وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو
ضامن والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من
جعله في مال الطبيب ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر
حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم أن الكفارة على القاتل خطأ في قتل
الحر خطأ واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فأوجبها مالك
في الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجب الشافعي في العمد من طريق الأولى والأحرى و
عند مالك أن العمد في هذا حكمه ضد حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في
الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا يغلظ فيهما
وقال الشافعي يغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروي عن ابن عمر وابن عباس
وعثمان أنه يزاد فيهما مثل ثلث الدية وروي ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي
من قتل ذا رحم محرم وعمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظواهر في توقيت الديات
فمن ادعى في ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع أنه قد أجمعوا على أنه لا تغلظ

الكفارة

الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي أن ذلك مروي عن عثمان وابن عباس
وعمر وإذا روي عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف
ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع
وللمعترض أن يقول إنه قد يتطرق في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم
الحرم واختصاصه بضمان الصيد القول في الديات الواجبة فيما دون النفس
والأشياء التي تجب فيها الديات دون النفس هي شجاج وأعضاء فلنبدأ
بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشروطه وفي الواجب
وعلى من تجب ومتى تجب فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء و
الشجاج عشرة في اللغة والفقه أولها الدامية ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد
ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم
ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهي الغشاوة التي بين اللحم والعظم
ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه
ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي يطير العظم
منها ثم المأمومة وهي التي تصل إلى أم الدماغ والجائفة هي التي تصل إلى
الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع منها بالوجه والرأس دون
سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج
وأحكامها أعني الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في الموضحة
وما فوق الموضحة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل
وإنما فيه حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب إلا ما روي عن عمر وعثمان أنهما
قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروي عن علي أنه قضى فيها بأربع من

الابل وروي عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي
المتلاحمة ثلاثة ابعرة وفي السمحاق اربعة والجمهور من فقهاء الامصار على
ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقت فيه حكومة حد او ما له
يعتبر في الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرا على شين او لم تبرا
فهو من احكام ما دون الموضحة فاما الموضحة فجميع الفقهاء على ان فيها
اذا كانت خطا خمسا من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
في كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس يعني من الابل واختلف العلماء
في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعني على وجوب القصاص
في العمد ووجوب الدية في الخطا منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة
الراس والجبهة والخدين واللحي الاعلى ولا تكون في اللحي الاسفل لانه في حكم
العنق ولا في الانف واما الشافعي وابو حنيفة فالموضحة عندهم في جميع الوجه
والراس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة
في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه
والراس وروي عن عمر انه قال في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو
وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرا على شين فراى فيها نصف عقلها
زايدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واختلف قول
مالك في ذلك مرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لا يزاد فيها على عقلها
شيء وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك انه اذا شانت الوجه كان
فيها حكومة من غير توقيت ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته

ان لو كان

497

ان لو كان عبدا واما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروي ذلك عن زيد
بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة وقال بعض الهاشمة هي المنقلة وشذ
واما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطا
فاما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف وحكي
عن ابن الزبير انه اقاد منها ومن المامومة واما الهاشمة العمد فروى ابن القاسم
عن مالك انه ليس فيها قود ومن اجاز القود من المنقلة كان احرى ان يجيز ذلك
من الهاشمة واما المامومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية
الا ما حكي عن ابن الزبير واما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح
الراس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في
الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه
فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء
اي عضو كان ثلث دية ذلك العضو وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك
وهذا الذي اختاره مالك لان القياس عنده في هذا ليس يسوغ وانما عنده في ذلك
الاجتهاد على غير توقيف واما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روي
عن عمر في موضحة الجسد واما الجراحات التي تقع في سائر الجسد فليس في الخطا
منها الا الحكومة. القول في ديات الاعضاء. والاصل فيما فيه من الاعضاء
اذا قطع خطا مال محدود وهو الذي يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث
عمرو بن حزم عن ابيه ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو
بن حزم في العقول ان في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا اوعب جدعا مائة
من الابل وفي المامومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد
خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفي السن

خمس وفي الموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا
فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم نذكرها هنا قياسا وعلى ما ذكر
فنقول ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان في كل
واحدة منهما نصف الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان في كتاب والسنة
اعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة
العلماء وائمة الفتوى متفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية ما عدا
الحاجبين وثدي الرجل واختلفوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي
وابو حنيفة والثوري والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب
السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة واما مالك فالمشهور عنه
انما تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيهما حكومة
وروي عن ابي بكر انه قضى في الاذنين خمسة عشر من الابل وقال انهما لا يضران
ويسترهما الشعر او العمامة وروي عن عمر وعلي وزيد انهم قضوا في الاذن اذا
اصطلمت بنصف الدية واما جمهور العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع
الدية واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال ابو حنيفة فيهما
الدية وكذلك في اشفار العين وليس عند مالك في ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية
ما روي عن ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما
اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك ان هذا لا مجال فيه للقياس وانما
طريقه التوقيف فما لم يثبته من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا
فان الحواجب ليست بها اعضاء لها منفعة ومحل بين اعني ضروريا في الخلقة
واما الاجفان فقيل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعي والكوفي لانه
لا بقاء للعين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفي

الاعليين

الاعليين الثلثان واجمعوا على ان من اصيب من امرأة ثدييها ان له
ذلك مثل ان تنصاب عينه وانفه جملة دينان واما الانثيان فاجمعوا ايضا على
ان فيهما الدية وقال جمهورهم في كل واحدة منهما نصف الدية الا ما روي عن سعيد
بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفي
اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة واما المفردة فان
جمهورهم على ان في اللسان الدية وذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما منع الكلام فان لم يقطع منه ما يمنع الكلام
ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه فمنهم من لم ير فيه قصاصا واوجب
الدية وهو مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني
والكوفي ومالك يريانها على العاقلة وقال الليث وغيره في المسألة عن القصاص
واما الانف فاجمعوا على انه اذا اوعب جدعا الدية على ما جاء في الحديث وسواء
عند مالك ذهب الشم او لم يذهب وعنده انه اذا ذهب احدهما ففيه الدية
وفي ذهاب احدهما بعد الاخر دية كاملة واجمعوا على انه في الذكر الصحيح الذي يكون
به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين والخصي كما اختلفوا في لسان
الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل فيه الدية ومنهم من جعل فيها الحكومة
ومنهم من قال في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه
حكومة واقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فيما عدا ذلك
حكومة واما عين الاعور فللعلماء فيه قولان احدهما ان فيها الدية كاملة
واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز
وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري فيها نصف الدية
كما في عين الصحيح وهو مروي عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول

ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق
الثاني حديث عمرو بن شعيب ... اعني عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياسا ايضا
على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية وسبب
الخلاف في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن
ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روي من ذلك عن علي
رضي الله عنه انه امر بالذي اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة واعطى
رجل بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك
خطا في الارض ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة واعطى
رجل البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط عند
اول ما خفيت عنه في الارض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار
ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية وغيره صرفة
في مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مرارا في مواضع
مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف
العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك والشافعي
وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل
ذلك الشافعي على انه كان ذلك من زيد تقويما لا توقيفا وروي عن عمر بن الخطاب
وعبد الله بن عباس انهما قضيا في العين القائمة واليد الشلاء والسن السوداء في كل
واحد منهما ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسوداده ثم في قلعها بعد
اسوداده حكومة واختلف العلماء في الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور
ان احب فله القود وان عفى فله الدية فقال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه
قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة

من اصحابه

من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه الا القود
وما اصطلحوا عليه وعمدة من راى جميع الدية عليه اذا عفي عن القود انه يجب عليه
دية ما ترك له وهي العين العوراء وهي دية كاملة عند كثير من اهل العلم
وهو مذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار
لانها في حقه في معنى الواحدة فاذا تركها وجب عليه الدية وعمدة اولئك
البقاء على الاصل اعني ان في العين الواحدة نصف الدية وعمدة ابي حنيفة ان
العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسألة قد ذكرت في باب القود في
الجراح وجمهور العلماء ائمة الفتوى مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري و
غيرهم ان في كل اصبع عشرا من الابل وان الاصابع في ذلك سواء وان في كل انملة
ثلث العشر الا الانملة من الاصابع انملتان كالابهام ففي انملته خمس من الابل وعمدتهم
في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل
اصبع مما هنالك عشر وفي حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر الدية وهو قول علي وابن مسعود وعن
عمر انه على اهل الورق فيمن عنده ورق انها اثني عشر الف درهم عشرها وعشر
من يرى عشرة الاف عشرها وروي عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع
فروي عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتي تليها بعقل نصف الدية وفي
الوسطى بعشر فرائض وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بستة وروي عن مجاهد
انه قال في الابهام خمسة من الابل وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التي تليها
ثمان وفي الخنصر سبع واما الترقوة والضلع ففيها عند جمهور فقهاء الامصار حكومة
وروي عن بعض السلف فيها توقيت روى مالك ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس
بجمل وفي الضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران

وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار انه لما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله
عليه وسلم توقيف فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على ان في كل
سن من اسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى
في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم واما التي في مقدم الفم
فلا خلاف ان فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعير اذ روى
مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الفم مثل
الاضراس فقال ابن عباس لو لم تعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء وعمدة الجمهور في ذلك
ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في السن خمس من حديث عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم وموخره وتشبيهها
ايضا بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف فيها
ان الشرع يوجب فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه ان يكون من
صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي
ثبتت الدية فيها خطا فيها القود في عمده ما امكن القود فيه واختلفوا في كسر
ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك واصحابه الى ان القود
في كسر جميع الاعضاء الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم
من العظام يكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى السن وروي عن ابن عباس انه
لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر صح ان النبي صلى الله
عليه وسلم اقاد في السن المكسورة من حديث انس وقد روي من حديثه ان النبي
صلى الله عليه وسلم لم يقد من العظم المكسور في غير المفصل الا انه ليس بالقوي
وروى مالك ان ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم اقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية
المراة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا على ان في ديات الشجاج واعضائها

جمهور

500

جمهور فقهاء المدينة تساوي المراة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى ان
يبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية
الرجل اعني دية اعضائها من اعضائه مثل ذلك ان في كل اصبع من اصابعها
عشرا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي اربعة عشرون
وبه قال مالك واصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن سعيد بن المسيب
وعروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت
طائفة بل دية جراحة المراة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها
على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولي ابن مسعود وهو مروي عن عثمان
وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المراة في جراحها واعضائها على النصف
من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي وروي ذلك عن ابن مسعود الا
ان الاشهر عنه هو ما ذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي والثوري
وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو ان دية المراة نصف دية الرجل فواجب التمسك
بهذا الاصل حتى ياتي دليل من السماع اذ القياس في الديات لا يجوز وخاصة كون
القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد
ما ياتي ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسيل وما روي عن سعيد بن المسيب
حين قال ربيعة بن عبد الرحمن كم في اربع من اصابعها فقال عشرون فقلت حين
عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها فقال اعراقي انت فقلت بل عالم متثبت او جاهل
فقال هي السنة وروي ايضا عن النبي صلى الله عليه وسلم من مرسل عمرو بن شعيب
عن ابيه وعكرمة وهو راي فقهاء وان قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به
لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف اذ كان يمكن

ان يترك القول به انه لا يرى القياس واما لانه عارضه في ذلك قياس ثان او قول
في ذلك غيره وهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على اعضائهم الذكور والاناث
واما جراح العبيد وقطع اعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم
من راى ان في جراحهم وقطع اعضائهم ما نقص من ثمنه ومنهم من راى ان الواجب
في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من ديته فيكون في موضحته نصف عشر قيمته
وفي عينه نصف قيمته وبه قالا ابو حنيفة والشافعي وهو قول علي وعمر وقال
مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومامومته
ففيها من ثمنه قدر ما فيها من الحر من ديته وعمدة الفريق الاول تشبيههم بالعروض
وعمدة الفريق الثاني تشبيههم بالحر اذ هو مسلم مكلف ولا خلاف بينهم ان ديات
العمد من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلفوا فيما دون ذلك فقال
مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث
فما زاد وقال ابو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال
الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي
تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطا وعمدة الشافعي ان الاصل هو ان
العاقلة هي التي تحمل دية الخطا فمن خصص من ذلك شيئا فعليه الدليل ولا
عمدة للفريق المتقدم الا ان ذلك معمول به ومشهور بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القسامة اختلف العلماء في القسامة في اربعة مواضع تجري مجرى الاصول
لهذا الباب المسئلة الاولى هل يجب الحكم بالقسامة ام لا الثانية اذا قلنا
بوجوبها هل يجب بها الدم او الدية او رفع مجرد الدعوى المسئلة الثالثة هل يبدا

بالايمان

بالايمان المدعون او المدعى عليهم وكم عدد الحالفين الرابعة فيما يعد لوثا يجب به
ان يبدا المدعي بالايمان المسئلة الاولى اما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به
جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد وسفيان وداود واصحابهم
وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وابو قلابة
وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها وعمدة الجمهور ما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم
من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من اهل الحديث
الا انهم اختلفوا في الفاظه على ما سياتي بعد وعمدة الفريق الثاني لنفي وجوب
الحكم بها ان القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها ان الاصل
في الشرع ان لا يحلف احد الا على ما علم قطعا او شاهده حسا واذا كان ذلك
كذلك فكيف يقسم اولياء الدم وهم لم يشهدوا القتل بل قد يكونون في بلد
والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن ابي قلابة ان عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوما
للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضجع القوم
فقالوا نقول القسامة القود بها حق قد اقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا ابا قلابة
ونصبني للناس فقلت يا امير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد
ارايت لو ان خمسين رجلا شهدوا على رجل انه زنى بدمشق ولم يروه اكنت ترجمه
فقال لا قال ارايت لو ان خمسين رجلا شهدوا على رجل بحمص انه سرق ولم يروه
اكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات فما بالهم اذا شهدوا انه قتله بارض كذا
وهم عندك اقدت به قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة ان اقاموا شاهدي
عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين اقسموا ومنها
ان من الاصول ان الايمان ليس لها تاثير في اشاطة الدماء ومنها ان من الاصول البينة
على المدعي واليمين على من انكر ومن حجتهم انهم لم يروا في الاحاديث

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف
لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول
حكم الاسلام ولذلك قال لهم اتحلفون خمسين يمينا اعني لولاة الدم وهم
الانصار فقالوا كيف نحلف ولم نشهد فقال فتحلف لكم يهود فقالوا كيف نقبل ايمان
قوم كفار قالوا فلو كانت السنة ان يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم هي السنة قالوا واذا كانت هذه الاثار غير نص في القضاء
بالقسامة والتاويل يتطرق اليها فصرفها بالتاويل الى الاصول اولى واما
القائلون بها فخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها
مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة في ذلك حوطة
الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون
القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء
لكن هذه العلة ترد عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر
الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا اجاز مالك شهادة المسلوبين على
السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون. المسالة الثانية
اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك واحمد يستحق
بها الدم في العمد والدية في الخطا وقال الشافعي والثوري وجماعة تستحق
بها الدية فقط وقال الكوفيون لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل في ان
اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم
الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون
اربعة اقوال فعمدة مالك ومن يقول بقوله ما رواه من حديث ابن ابي ليلى عن
سهل بن ابي حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم

تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن يسار فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم
صاحبكم او قاتلكم واما عمدة من اوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجب
بها التبري او في استحقاق الاموال اعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الاموال
باليمين والشاهد وبمثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه او بالنكول وقلبها
على المدعي عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن ابي ليلى
ضعيف لانه مجهول لم يروه عنه غير مالك وقيل فيه ايضا انه لم يسمع من سهل
وحديث بشير بن يسار اختلف في اسناده فارسله مالك واسنده غيره فلهذا
يشبه ان تكون هذه العلل هي السبب في ان لم يخرج هذين الحديثين البخاري و
اعتمد غيرهما للقياس مع ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب انه قال لا قود بالقسامة
ولكن تستحق بها الدية واما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى
فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعى عليه والاحاديث التي نذكرها
بعد. المسالة الثالثة واختلف القائلون بالقسامة اعني الذين قالوا انه يستوجب
بها مال او دم فيمن يبدا بالايمان الخمسين على ما ورد في الاثار فقال الشافعي
واحمد وداود وغيرهم يبدا المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير
من اهل المدينة يبدا المدعى عليهم بالايمان وعمدة وعمدة من بدا بالمدعين
باليمين حديث مالك عن ابن ابي ليلى عن سهل ابن ابي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار
وعمدة من راى التبدية بالمدعى عليهم ما خرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي
عن بشير بن يسار ان رجلا من الانصار يقال له سهل بن ابي حثمة وفيه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم تاتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة
قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة قلت وهذا نص في انه لا يستوجب
بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا ايضا بما خرجه ابو داود عن ابي سلمة
بن عبد الرحمن بن يسار عن رجال من كبراء الانصار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لليهود وبدا بهم ايحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال
للانصار احلفوا فقالوا نحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله
صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين اظهرهم وبهذا تمسك من جعل
اليمين في جنبة المدعى عليه والزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه
رواه الثقات عن الزهري عن ابي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر اعني انه
قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله ايضا من تبدية اليهود بالايمان
عن رافع بن خديج واحتج هولاء القوم على مالك بما روي عن ابن شهاب عن
سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهني الذي ادعى دم وليه
على رجل من بني سعد وكان اجرى فرسه فوطئ على اصبع الجهني فنزي منها
فمات فقال عمر للذي ادعي عليهم اتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها
فابوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى بشطر الدية قالوا واحاديثنا
هذه اولى من التي روي فيها تبدية المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا
من ان اليمين على المدعى عليه المسالة الرابعة وهي موجب القسامة عند القائلين
بها اجمع جمهور الفقهاء القائلين بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا في الشبهة
ما هي فقال الشافعي اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم
غيرهم وبين ذلك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار
ويهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار

قال وكذلك لو وجد بناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بدمه وكذلك لو دخل
على نفر بيتا فوجد بينهم قتيل وما اشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكام
ان المدعي محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا اعني انها لا تجب الا بلوث
والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند اصحابه واختلفوا اذا لم يكن
عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة مثل ان يوجد قتيل متشحط بدمه
وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا ان مالكا يرى ان وجود القتيل في المحلة
ليس بلوث وان كان هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين اهل المحلة
واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب ان يكون اصلا لاشتراط اللوث في
وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال ابو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل في محلة قوم
وبه اثر وجبت القسامة على اهل المحلة ومن اهل العلم من اوجب القسامة
بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترطها الشافعي ودون
وجود الاثر بالقتيل الذي اشترطه ابو حنيفة وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود
وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب
ان وجد قتيل لا يعرف من قتله اينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم
خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان هم حلفوا على
الخطا فالدية وليس يحلف عنده اقل من خمسين رجلا وقال داود لا اقضي في
القسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانكر
مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة جعل قول المقتول
فلان قتلني لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه لوث يوجب
القسامة ولمكان الشبهة راى تبدية المدعين بالايمان من راى ذلك منهم فان
الشبهة عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعي اذ سبب

تغليب الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه
واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه
السلام لو اعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم ولكن البينة على
المدعي واليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس خرجه
مسلم في صحيحه وما احتجت به المالكية في بقرة بني اسرائيل فضعيف لان التصديق
هنالك استند الى الفعل الخارج للعادة واختلف الذين اوجبوا القود بالقسامة
هل يقتل بها اكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال
ابن حنبل وقال اشهب تقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء
وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من اقسم عليه قتل وقال مالك والليث
اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب اخر وبقي المضروب اياما بعد الضرب ثم
مات اقسم اولياء المقتول انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف
واختلفوا في القسامة في العبد فبعض اثبتها وبه قال ابو حنيفة تشبيها بالحر
وبعض نفاها تشبيها بالبهيمة وبه قال مالك والدية عندهم في مال القاتل
ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ولا يحلف عنده
اقل من اثنين في الدم ويحلف في الخطأ وان نكل عنده احد من ولاة الدم بطل
القود وصحت الدية في حق من لم ينكل اعني حظه منها وقال الزهري ان نكل احد
منهم بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة والقول في القسامة
داخل فيما يثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن
ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه ورد فيها حكم خاص بجنس من اجناس
الامور التي عندهم رأوا ان يذكر في ذلك الجنس واما القضاء الذي يعم اكثر من جنس
واحد من اجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية

وقد

وقد نجدهم يفعلون الامرين جميعا كما فعل مالك في الموطأ فانه ساق فيه
الاقضية مع كل كتاب ثم كمل كتاب القسامة بحمد الله وحسن عونه ::

بسم الله الرحمن الرحيم ::

كتاب احكام الزنى ::

والنظر في اصول هذا الكتاب في حد الزنى وفي اصناف الزناة وفي العقوبات لكل
صنف منها وفيما تثبت به هذه العقوبة :: الباب الاول فاما الزنى فهو كل وطء
وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة
من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة
دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها اشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله
فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت الحق الولد به وقومت عليه وبه
قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال ابو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة
وحجة الجماعة قوله عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذي يدرأ والعمد
اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه او لا يلزم ومنها اختلافهم في الرجل
الغازي يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد وقال قوم يدرأ عنه الحد وهو اشبه
والله اعلم ومنها ان يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال
غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها
الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله صلى الله عليه
وسلم لرجل خاصمه ابوه انت ومالك لابيك ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد والد بالولد
والاجماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده وكذلك قالوا تقوم
عليه حملت او لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم ايضا
اجماعهم على ان الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن ان يقتص من ابيه وكذلك

كل من الابن له وليا. وشبهة الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء على اربعة
اقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد، وقالت طائفة ليس عليه الحد ويقوم عليه
فيغرم مالها، وقيل ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت عليه وهي حرة، وبه قال
احمد واسحاق وهو قول ابن مسعود، والاول قول عمر رواه مالك في الموطأ عنه، وقال
قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا او ثيبا، وقال قوم عليه التعزير. فعمدة
من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد.
وعمدة من درأ الحد ما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في رجل وطئ جارية
امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه لسيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه
لسيدتها مثلها، وايضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه السلام تنكح المرأة لثلاث
فذكر مالها، ويقوى هذا المعنى على اصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما
فوق الثلث او في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك. ومنها ما رأى ابو حنيفة من
درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب
عنه، ولكنه رأى ان هذه المنفعة اشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فرأى ذلك
شبهة، ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه ايضا. وبالجملة فالانكحة
الفاسدة داخلة في هذا الباب واكثرها عند مالك يدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص
مؤبد التحريم بالقرابة وما اشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل. الباب الثاني والزناة
التي تختلف العقوبة باختلافهم اربعة اصناف محصنون وثيب وابكار واحرار و
عبيد وذكور واناث، والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب، فاما الثيب
الاحرار المحصنون فان المسلمين اجمعوا على ان حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء
فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد، وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم

فخصصوا

فخصصوا الكتاب بالسنة اعني قوله تعالى الزانية والزاني الآية. واختلفوا في موضعين
احدهما هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا، فقال الجمهور لا جلد على من وجب
عليه الرجم، وقال الحسن البصري واسحاق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم
يرجم. وعمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة
ورجم يهوديين وامرأة من غامد من الازد، كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو انه جلد
واحدا منهم. ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوي في الحد الاكبر، وذلك ان الحد انما
وضع للزجر فلا تأثير في الزجر بالضرب مع الرجم. وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فلم يخص محصنا من غير محصن، واحتجوا
ايضا بحديث علي رضي الله عنه خرجه مسلم وغيره ان عليا جلد شراحة الهمدانية
يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة. واما الاحصان فانهم اتفقوا انه
من شروط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك الاسلام والبلوغ والعقل والحرية والوطء في
عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء، والوطء المحظور عنده هو الوطء في الحيض او في
الصيام، فاذا زنى بعد الوطء الذي بهذه الصفة وهو بهذه الصفة فحده عنده
ذلك الرجم، ووافقه ابو حنيفة مالكا في هذه الشروط الا في الوطء المحظور، واشترط
في الحرية ان يكون من الطرفين اعني ان يكون الزاني والزانية حرين، ولم يشترط الاسلام
الشافعي. وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق
على صحته ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا اذ رفع
اليه امرهما اليهود، والله عز وجل يقول وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط. وعمدة

مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا
مبناه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب واما الابكار
فان المسلمين اجمعوا على ان حد البكر في الزنى مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال ابو حنيفة واصحابه لا تغريب اصلا
وقال الشافعي لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان او انثى حرا او عبدا
وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغريب عند مالك
على العبيد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم
وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابي هريرة وزيد
بن خالد الجهني انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله انشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم وهو افقه
منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي ان اتكلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم
قل قال ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته واني اخبرت ان على ابني الرجم
فافتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد
مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
والذي نفسي بيده لاقضين بينكما بكتاب الله الوليدة والغنم رد عليك وعلى ابنك جلد
مائة وتغريب عام واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا
عليها فاعترفت فامر بها النبي صلى الله عليه وسلم فرجمت ومن خصص المرأة من
هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه راى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنى
وهذا من القياس المرسل اعني المصلحي الذي كثيرا ما يقول به مالك واما عمدة الحنفية
فظاهر الكتاب وهو مبني على رايهم ان الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب

باثار

باثار الاحاد وروي عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن ابي بكر
وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد في هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور
واناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها
خمسون جلدة لقوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار
حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير وروي ذلك
عن عمر بن الخطاب والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله
تعالى فاذا احصن فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب لا جلد على غير
المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما في المتزوجة وغير المتزوجة واحتج
من لم ير على التي لم تتزوج [illegible] حديث ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت
فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير واما الذكور من
العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياسا على الامة وقال اهل الظاهر
بل حده مائة جلدة مصيرا الى عموم قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة
للحد في واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فاما
كيفيتها ففيه مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم
فقالت طائفة يحفر له وروي ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين امر برجمها وبه
قال ابو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرة فادخلت فيها واحدق
بها الناس يرمونها فقال ليس هكذا الرجم اني اخاف ان يصيب بعضهم بعضا ولكن

صفوا كما تصفون للصلاة ثم قال الإمام ارجموا ثم رجم من رجم وكان إذا كان منه
بالإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم
الإمام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل
عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرجه البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر
فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فر فأدركناه بالحرة فرجمناه وقد روى
مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفيرة وبالجملة فالأحاديث في ذلك مختلفة قال
أحمد أكثر الأحاديث على أن لا حفيرة وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه
وقال أبو حنيفة والشافعي يضرب سائر الأعضاء ويتقى الوجه والفرج وزاد أبو حنيفة
الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا
القذف على ما سيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام خلافا لمن قال إنه يقام
لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من المؤمنين
لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين واختلفوا فيما يدل عليه اسم
الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وأما الوقت فإن الجمهور
على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه
قال أحمد وإسحاق واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض وسبب
الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يغلب على
ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقا من
غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر إلى المعنى المفهوم من الحد قال لا يحد
المريض حتى يبرأ وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد الباب الثالث وهو معرفة
ما تثبت به هذه الفاحشة وأجمع العلماء على أن الزنى يثبت بالإقرار وبالشهادة

واختلفوا

واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء غير المتزوجات إذا ادعين الاستكراه
وكذلك اختلفوا في شروط الإقرار وشروط الشهادة فأما الإقرار فإنهم اختلفوا فيه
في موضعين أحدهما عدد الإقرار الذي يلزم به الحد والموضع الثاني هل من شرطه ألا يرجع يرجع
عن الإقرار حتى يقام عليه الحد فأما عدد الإقرار الذي يجب به الحد فإن مالكا والشافعي فعلى
يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور
والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد إلا بأقارير
أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد وإسحاق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس
متفرقة وعمدة الجمهور ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه السلام
اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين
ما ورد في حديث سعيد بن جبير وابن عباس عن النبي صلى الله عليه صلى الله عليه
وسلم أنه رد ماعزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الأحاديث
قالوا وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة أو مرتين وثلاثا فتقصير ومن قصر
فليس بحجة على من حفظ وأما المسألة الثانية وهي من اعترف بالزنى ثم رجع
فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه إلا ابن أبي ليلى وعثمان البتي وفصل فقال إن رجع إلى
شبهة قبل رجوعه وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان إحداهما
يقبل وهي المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وإنما صار الجمهور إلى تأثير
الرجوع في الإقرار لما ثبت من ترديده ماعزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك
ما يجب على من أوجب سقوطه الحد بالرجوع أن يكون التمادي على الإقرار شرطا
من شروط الحد وقد روي من طريق أن ماعزا لما رجم ومسته الحجارة هرب
فاتبعوه فقال لهم ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتلوه رجما وذكروا

ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه
ومن هنا تعلق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى
هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد واما ثبوت الزنى بالشهود فان
العلماء اتفقوا على انه يثبت الزنى بالشهود وان العدد المشترط في الشهود اربعة
بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ومن صفتهم ان
يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة ان يكونوا معاينين لفرجه في فرجها وانها
تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف
في زمان ولا مكان الا ما حكي عن ابي حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو
ان يشهد كل واحد من الاربعة انه راه يطأها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي راه
فيه الاخر واما اختلافهم في اقامة الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان
طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكر مالك في الموطأ من حديث عمر وبه قال مالك
الا ان تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل ان تكون بكرا فتاتي وهي تدمى او تفضح
نفسها وكذلك الامر عنده اذا ادعت الزوجية الا ان تقيم البينة على ذلك ما عدا
الطارئة فقال ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال
ابو حنيفة والشافعي لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك
مع دعوى الزوجية وان لم تات في دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينة
لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة
ان عليا رضي الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا اتاك في نومك
قالوا وروى الاثبات عن عمر انه قبل قول امراة ادعت انها ثقيلة النوم
وان رجلا طرقها ومضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل العلم ان المستكرهة

لا حد

لا حد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها. بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

كتاب السرقة

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق الذي يجب فيه الحد وفي صفات
السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة
فهي اخذ مال الغير مستترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم اجمعوا
ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع الا اياس بن معاوية فانه اوجب في الخلسة
القطع وذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم واوجب ايضا قوم القطع
على من استعار حليا او متاعا ثم جحده لمكان امراة المخزومية انها كانت تستعير
الحلي وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال احمد
واسحاق والحديث حديث عائشة قالت كانت امراة مخزومية تستعير المتاع
وتجحده فعلم النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا اسامة
لا اراك تتكلم في حد من حدود الله ثم قام النبي صلى الله عليه وسلم خطيبا فقال انما
هلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف
قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا
الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مامون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلا
عن ان ياخذ من حرز قالوا وفي الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل
على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم انما هلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف
قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية
سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعا الجحد والسرقة وكذلك
اجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق

شاهر السلاح على المسلمين مخيفا للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سيأتي
في حد المحارب وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فإنهم اتفقوا على أن من
شرطه أن يكون مكلفا وسواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو ذميا إلا ما روي
في الصدر الأول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق وروي ذلك عن ابن عباس وعثمان
ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى انعقاد الإجماع
ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسألة عنده قطعية ومن
لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع والحجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق
مستنبطة من سقوط الحد عنه بسقوط شطره أعني الحدود التي تتشطر في حق
العبيد وهو تشبيه ضعيف وأما المسروق فإن له شرائط يختلف فيها فمن
أشهرها اشتراط النصاب وذلك أن الجمهور على اشتراطه إلا ما روي عن الحسن
البصري أنه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري
ومسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعن الله السارق يسرق البيضة
فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين
والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره
اختلافا كثيرا إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة هو
قولان أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم والثاني هو قول فقهاء
العراق أما فقهاء الحجاز فإنهم أوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع
دينار واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة بما عدا الذهب والفضة فقال
مالك في المشهور يقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعني إذا اختلفت الثلاثة دراهم

مع

مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل أن يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفا
وقال الشافعي الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار وهو الأصل أيضا للدراهم
فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم إلا أن تساوي ربع دينار وأما مالك فالدينار
والدرهم كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر
في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك البلد فإن كان الغالب الدراهم
قومت عليه بالدراهم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأحسب أن
في المذهب من يقول إن ربع الدينار يقوم بثلاثة دراهم وبقول الشافعي في التقويم
قال أبو ثور والأوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال أحمد أعني بالتقويم بالدراهم
وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم
لا يجب في أقل منه وبه قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد
في أقل من خمسة دراهم وقد قيل في أربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة
فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخاري
ومسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا وأما
عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة
دراهم وروي ذلك في أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة
كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن إسحاق عن عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد
السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى

عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
عشرة دراهم قالوا واذا وجد الاختلاف في ثمن المجن وجب الا تقطع اليد الا بيقين
وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وقول الذي اعتمده الشافعي في هذه
المسألة وجعل الاصل هو ربع دينار واما مالك فعمدته حديث ابن عمر
وحديث عثمان الذي رواه وانه قطع في اترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعي
يحتج في حديث عثمان ان الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهما
والقطع في ثلاثة دراهم احوط للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب
التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث
عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وممكن على مذهب غيره فان كان
الجمع اولى من الترجيح فمذهب الشافعي اولى المذاهب فهذا احد الشروط
المشترطة في القطع واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة
ما يجب فيه القطع اعني نصابا دون ان يكون لكل واحد منهم نصاب وذلك بان يخرجوا
النصاب من الحرز معا مثل ان يكون عدلا او صندوقا يساوي النصاب فقال مالك
يقطعون جميعا وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفة لا قطع عليهم
حتى يكون ما اخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع راى العقوبة انما تتعلق
بقدر المال المسروق واي ان هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ
الاموال قال بقطع الجميع ومن راى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان
حرمة اليد قال لا تقطع ايد كثيرة فيما اوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا
متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال ابو حنيفة يوم الحكم عليه
بالقطع واما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء

الامصار الذين تدور عليهم الفتوى واصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب
القطع وان كانوا اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز وفي الفعل الذي جعله السارق
انقطع بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وابو حنيفة و
الشافعي والثوري واصحابهم وقال اهل الظاهر وطائفة من اهل الحديث القطع
على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة
جبل فاذا آواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك
ايضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن ابي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب
وعمدة اهل الظاهر عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية
قالوا فوجب ان تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك
وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع فيه وردوا
حديث عمرو بن شعيب واما الحرز عند الذين اوجبوه فانهم اتفقوا منه على
اشياء واختلفوا في اشياء مثل اتفاقهم على ان باب البيت وغلقه حرز واختلافهم
في الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى
انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة فقال مالك وكثير
ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا اخرج من الدار ومنه اختلافهم في القبر هل
هو حرز حتى يجب القطع على النباش او ليس بحرز فقال مالك والشافعي
واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز
وقال ابو حنيفة وسفيان لا قطع عليه وروي ذلك عن زيد بن ثابت والحرز
عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه

فيه في رباط الدواب عنده حرز وكذلك الاوعية وما اشبهه من المنتبذ فيه اختلاف ولا
يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من حلي او غيره الا ان يكون معه حافظ
يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد
قيل في المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز
وما ليس بحرز وكذلك من يمتهن لشيء اذا خرج من حرزه وجب عليه القطع وسواء
كان داخل الحرز او خارجه واذا ترددت الشبهة وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب
اذا كان سارقان احدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب احدهما المتاع المسروق
الى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع
على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف في هذا كله
آيل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه وهذا هو القول في الحرز واشتراطه في
وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم اخذه خارج الحرز قطع وقد توقف
مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقيل ان لم يخرج وقال ابن القاسم يقطع
واما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق
يجوز بيعه واخذ العوض منه فانه يجب في سرقته القطع ما عدا الاشياء الرطبة
المأكولة والاشياء التي اصلها مباح فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور
الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه واخذ العوض منه وقال ابو حنيفة لا قطع
في الطعام ولا فيما اصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور
عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة
ابي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع
في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روي هكذا مطلقا من غير
زيادة

زيادة وعمدته ايضا في منع القطع فيما اصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك
وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع الا ان يكون للسارق
فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو
احد الشروط المشترطة في المسروق وذلك ان النظر في المسروق هو في ثلاثة مواضع
هو في جنسه وقدره وشروطه وسياقه هذه المسألة فيما هو واختلفوا في هذا الباب
اعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه
وقال ابو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من ابي حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه وان لكل
واحد فيه حقا اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق مملوكا صغيرا
او اعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل فقال الجمهور يقطع واما ان كان كبيرا يفقه فقال
يقطع وقال ابو حنيفة لا يقطع واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع
ولا يقطع عند ابي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من اصحاب مالك والسبب
كما قلنا ان شبهة الملك القوية يدرأ بها الحد واختلفوا فيما يدرأ من ذلك مما
لا يدرأ فمنها العبد يسرق من مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع
وقال ابو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال اهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه
سيده واشترط مالك في الخادم الذي يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخدمة لسيده
بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه وبدرء الحد قال عمر
رضي الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة ومنها احد الزوجين
يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان لكل واحد بيت ينفرد فيه
بمتاعه فالقطع على من سرق من متاع صاحبه وقال الشافعي الاحتياط درء
شبهة المال روي عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القرابات

وعمدة مالك فيه ان لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة
والسلام انت ومالك لابيك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعي لا يقطع
عمود النسب الاعلى والاسفل الاباء والاجداد والابنا وابناء الابناء وقال
ابو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال ابو ثور يقطع كل من سرق الا ما خصصه
الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك يقطع
وقال عبد الملك من اصحابه لا يقطع فهذا القول في الاشياء التي بها يجب ما يجب في هذه
الجناية القول في الواجب واما الواجب في هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التي
ذكرنا المعتبرة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفته فانهم اتفقوا على ان
الواجب فيها القطع من حيث هي جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا
هل يجب الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي
واحمد وابو ثور والليث وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق
منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول ابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى
وجماعة وفرق مالك واصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقيمة المسروق
وان كان معسرا لم يتبع به اذا اثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع
فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع في السرقة
حقان حق لله وحق للادمي فاقتضى كل حق موجبه وايضا فانهم لما اجمعوا
على اخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده ان يكون في ضمانه
قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن
بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم السارق اذا اقيم
عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند اهل الحديث قال ابو عمر لانه عندهم

مقطوع

مقطوع قال وقد وصله بعضهم قلت خرجه النسائي والكوفيون يقولون ان القطع
هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا فقطع ثم سرقه ثانية انه
لا يقطع واما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس واما القطع فالنظر في محله
وفيمن سرق وقد عدم المحل واما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع
وهذا الذي عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قطعت يده
اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال اهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى
بعد اليمنى وقال بعض اهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى
ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وابو حنيفة بعد اتفاقهم
على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع او لا ان سرق ثالثة فقال
سفيان وابو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال
مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت
رجله اليمنى وكلا القولين مروي عن عمر وابي بكر اعني قول مالك وابي حنيفة
الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم اتي بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم اتي به
في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم اتي به في الرابعة فقطع رجله وروي هذا من حديث
جابر بن عبد الله وفيه ثم اخذه الخامسة فقتله الا انه منكر عند اهل الحديث
ويرده قوله عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر
قتلا وحديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع الرجل بعد اليد
وعند مالك انه يؤدب في الخامسة واذا ذهب من المقطوع محل القطع
من غير سرقة بان كانت شلاء فقيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى

وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي
في اصل الساق وقيل تدخل الكعبان في القطع وقيل لا تدخل وقيل انها تقطع
من المفصل الذي في وسط القدم واتفقوا على ان لصاحب السرقة ان يعفو
عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد
وجب وقوله عليه الصلاة والسلام لو كانت فاطمة ابنة محمد سرقت لاقمت
عليها الحد وقوله لصفوان هلا قبل ان تاتيني به واختلفوا في السارق يسرق
ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه او يهبه
له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام
وقال ابو حنيفة وطائفة لا حد عليه وعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب
عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن امية انه قيل له ان لم تهاجر هلكت فقدم
صفوان بن امية الى المدينة فنام في المسجد فتوسد رداءه فجاء سارق فاخذ
رداءه فاخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع يده فقال صفوان لم ارد هذا يا رسول الله
هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل ان تاتيني
به القول فيما تثبت به السرقة واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين
عدلين وعلى انها تثبت باقرار الحر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء
الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال
زفر لا يجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب مثلة ولا قطع يده لكونه مال
مولاه وقال به شريح والشعبي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة

قبل

قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان تعذرا حكى البغداديون
عن المذهب وللمتأخرين في هذا التفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع
المذهب كمل كتاب السرقة بحمد الله كتاب القذف والنظر في هذا الكتاب
في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والاصل
في هذا الكتاب قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء الاية
فاما القاذف فانهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء
كان ذكرا او انثى حرا او عبدا نصرانيا او مسلما واما المقذوف فاتفقوا على ان
من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام
وان يكون معه آلة الزنى فان انخرم من هذه الاوصاف لم يجب الحد والجمهور بالجملة
على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن
المرأة ان تطيق الوطء واما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين احدهما ان
يرمي القاذف المقذوف بالزنى والثاني ان ينفيه من نسبه اذا كانت امه حرة
مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة
او مسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف
امة او كتابية وهو قياس قول الشافعي وابي حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان
بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض
فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لا حد في التعريض الا ان ابا حنيفة
والشافعي يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال
مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاور عمر
فيها الصحابة واختلفوا عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان

الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها
مستعملا في غير موضعه اعني مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي
في اللفظ المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم
في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك اذا لم يكثر الاستعمال لها والشهود
عند مالك اذا كانوا اقل من اربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف لمن ذهب
في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل اذا كان من الذين يستقل بهم نقل الشهادة
من القذفة قبل الحدود واما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه اما
جنسه فانهم اتفقوا على انه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى فاجلدوهم ثمانين جلدة
واختلفوا في العبد كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار نصف حد الحر وذلك
اربعون جلدة وروي ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده
حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء
الامصار ابو ثور والاوزاعي وداود واصحابه من اهل الظاهر وعمدة الجمهور قياس
حده في القذف على حده في الزنى واما الظاهرية فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما اجمعوا
ايضا ان حد الكتابي ثمانون فكذلك العبد واما التوقيت فانهم اتفقوا
على انه اذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد
منهما وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حدا ثانيا واختلف اذا قذف
جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف او فرقهم وبه قال
مالك وابو حنيفة والثوري واحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه
قال الشافعي والليث وجماعة حتى روي عن الحسن بن حي انه قال
ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت

طائفة

طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحد واحد وان قال لكل
واحد منهم يا زان فعليه لكل واحد منهم حد وعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة
الا حدا واحدا حديث انس وغيره ان هلال بن امية قذف امراته بشريك بن سحماء
فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فلاعن بينهما ولم يحده لشريك
وذلك اجماع من اهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد
منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد واما
من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة او في كلمات او في مجلس واحد او في مجالس فلانه
رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تكرر المقذوف
وتعدد القذف كان اولى ان يتعدد الحد واما سقوطه فانهم اختلفوا
في سقوطه بعفو المقذوف فقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو
اي لا يسقط وقال الشافعي يصح العفو اي يسقط الحد بلغ الامام او لم يبلغ
وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول
مالك في ذلك مرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغه لم يجز
الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه والسبب
في اختلافهم هل هو حق لله او حق للآدميين او حق لكليهما فمن قال حق لله لم
يجز العفو كالزنى ومن قال حق للآدميين اجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب
حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين ان يصل الامام او لا يصل وقياسا على الاثر الوارد
في السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر ان المقذوف اذا صدقه
فيما قذفه به سقط الحد وحد من يقيم الحد لا خلاف ان الامام يقيمه في القذف
واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ابدا والتشبيب

في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة او يعود الى اقرب مذكور وذلك في
قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك
فمن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن
راى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون
ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب في الشرع لان الفسق متى ارتفع
قبلت الشهادة واتفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد فصل واما بماذا
يثبت فانهم اتفقوا على انه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلفوا في مذهب
مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل يلزم في الدعوى فيه
يمين وان نكل فهل يحد بالنكول وبيمين المدعي فهذه هي اصول هذا الباب الذي
تنبني عليه وفروعه قال القاضي وان انسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع
على مذهب مالك بن انس اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي
جزيرة الاندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في المذهب لان احصاء جميع الروايات
عنه شيء ينقطع العمر دونه باب في شرب الخمر والكلام في هذه
الجناية في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا
على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من
غيرها فقال اهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها
قليلا كان او كثيرا اسكر او لم يسكر وقال اهل العراق المحرم منها السكر
وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة ادلة الفريقين في كتاب الاطعمة
والاشربة واما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق
في شارب الخمر باتفاق وفي شارب النبيذ عند من يرى تحريم القليل منه

والكثير

والكثير الا انهم اختلفوا في مقدار الحد فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي
وابو ثور وداود الحد في ذلك اربعون هذا في حد الحر واما حد العبد فاختلفوا فيه
فقال الجمهور هو على النصف من حد الحر وقال اهل الظاهر حد الحر والعبد
سواء وهو اربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون فعمدة الجمهور
تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر واشارة علي عليه بان يجعل
الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا
هذى افترى وعمدة الفريق الثاني ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حدا
وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وان ابا بكر رضي الله
عنه شاور اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشارب الخمر فقدروه باربعين وروي
عن ابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر
مكان كل نعل سوطا وروي من طريق اخر عن ابي سعيد الخدري ما هو اثبت
من هذا وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر اربعين وروى هذا
عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم من طريق اثبت وبه اخذ الشافعي واما
من يقيم هذا الحد فاتفقوا على ان الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود
على عبيدهم فقال يقيم السيد على عبده حد الزنى وحد القذف اذا شهد عنده الشهود
ولا يقطع ذلك علمه نفسه وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود
وهو قول احمد واسحاق وابي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها
ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله
عليه الصلاة والسلام اذا زنت امة احدكم فليجلدها واما الشافعي فاعتمد

مع تعارض الأحاديث ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من حديث علي أنه قال أقيموا
الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه أيضا مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم
منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة
الحدود هو السلطان وروي عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم
قالوا الجمعة والزكوة والفيء والحكم إلى السلطان فصل وأما بماذا
يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين
واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب
الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي
وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء
البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة وعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة
تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح
والحد يدرأ بالشبهة كمل كتاب الشرب بحمد الله بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم كتاب الحرابة والأصل
في هذا الكتاب قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض
الآية وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس
إنها في النفر الذين ارتدوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا
الإبل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم
وسملت أعينهم والصحيح أنها في المحاربين لقوله تعالى إلا الذين تابوا من قبل
أن تقدروا عليهم وليس القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقي أنها
في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس أحدها
النظر

النظر في الحرابة والثاني النظر في المحارب والثالث فيما يجب على المحارب وهو التوبة
والرابع في مسقط الواجب عنه والخامس بماذا تثبت هذه الجناية الباب
الأول فأما الحرابة فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر
واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط
الشافعي الشوكة وإن كان لم يشترط العدد وإنما معنى الشوكة عنده قوة
المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لأن المغالبة إنما تتأتى بالبعد
ولذلك يقول الشافعي إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت
محاربة وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة في المصر
الباب الثاني فأما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو
المسلم والذمي الباب الثالث وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على أنه يجب
عليه حق الله وحق المخلوق واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع
الأيدي وقطع الأرجل من خلاف والنفي على ما نص الله تعالى عليه في آية الحرابة
واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب
فقال مالك إن قتل فلا بد من قتله وليس على الإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه
وإنما التخيير في قتله أو صلبه فقط فالإمام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه
أو نفيه ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام فإن كان المحارب
ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره
وإن كان لا رأي له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه
شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسره فيه وهو الضرب والنفي

وذهب الشافعي وابو حنيفة وجماعة من العلماء الى ان هذه العقوبة هي مرتبة على
الجناية المعلوم من الشرع ترتيبها عليها فلا يقتل من المحاربين الا من
قتل ولا يقطع الا من اخذ المال ولا ينفى الا من لم ياخذ المال ولا قتل وقال
قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل او لم يقتل اخذ المال او لم ياخذه
وسبب الخلاف هل حرف او في الاية للتخيير او للتفصيل على حسب جناياتهم
ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا
في قوله او يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك
انه يقتل ويصلب معا وهولاء منهم من قال يقتل اولا ثم يصلب ويصلى عليه
عند الصلب ومن راى انه يقتل في الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه
وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل في الخشبة
انزل منها وصلي عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان وذهب
ابو حنيفة واصحابه الى انه لا يبقى على الخشبة اكثر من ثلاثة ايام واما قوله
جل وعز او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى
ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله واختلف اذا لم تكن له
اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال اشهب تقطع
يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف ايضا في قوله او ينفوا من الارض فقيل
ان النفي هو السجن وقيل ان النفي هو ان ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه
الى ان تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين
اقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول قال ابو حنيفة وقال

ابن الماجشون

ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما ان ينفى
بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعي اما النفي فغير مقصود ولكن ان هربوا
شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى ويسجن
ولا ينفى دائما وكلها عن الشافعي وقيل ان ينفوا من ارض الاسلام الى ارض الحرب
الباب الرابع واما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله
تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم واختلف من ذلك في اربعة مواضع
احدها هل تقبل توبته اولا والثاني ان قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل
توبته والثالث ما صفة هذه التوبة لاهل العلم في ذلك قولان قول انه تقبل توبته
وهو الاشهر لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وقول انه لا تقبل
توبته قال ذلك من قال ان الاية لم تنزل في المحاربين واما صفة التوبة التي تسقط
الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة اقوال احدها ان توبته تكون بوجهين احدهما
ان يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثاني ان يلقي سلاحه وياتي الامام طائعا
وهذا مذهب ابن القاسم والقول الثاني ان توبته انما تكون بان يترك ما هو عليه ويجلس
في موضعه ويظهر لجيرانه وان اتى الامام قبل ان تظهر توبته اقام عليه الحد وهو
قول ابن القاسم وابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجيء
الى الامام وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان اخذ قبل ان ياتي
الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انما تكون بان ياتي الامام قبل ان يقدر عليه
وقيل انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا
واما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيه ايضا على ثلاثة اقوال
احدها ان يلحق بدار الحرب والثاني ان يكون له فئة والثالث كيفما كانت له

او لم تلحق بدار الحرب او لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع فامنه الامام على ان ينزل
فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا امان له لانه انما يؤمن المشرك واما
ما يسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على اربعة اقوال احدها ان التوبة انما تسقط
عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول
مالك والقول الثاني ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشرب
والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفو اولياء المقتول
والثالث ان التوبة ترفع عنه جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الاموال بما
وجد بعينه في ايديهم ولا تتبع ذممهم والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق
الله وحقوق الآدميين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده واما
بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على
الذين سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة اهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا
لانفسهم ولا لرفقائهم مالا اخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع
في حكم المحاربين على التأويل واما حكم المحاربين على التأويل فان قاتلهم الامام
فاسر واحد منهم فلا يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام
ان يقتله ان راى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين واما اذا اسر بعد
انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعي الذي يدعو الى بدعته فقيل يستتاب فان تاب
والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل واكثر اهل البدع انما يكفرون
بالمآل ومعنى الكفر بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون
باقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم واما ما يلزم هؤلاء
من الحقوق اذا ظفر بهم فاذا تابوا فانه لا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم
ما اخذوا

ما اخذوا من المال الا ان يوجد بعينه فيرد الى ربه واما ما اختلفوا فيه من القصاص
ممن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون
عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لان كل من قاتل على التأويل فليس يقاد
منه اصله قتال الصحابة رضي الله عنهم وكذلك القتال بالحقيقة هو مستكره
لا التأويل باب في حكم المرتد والمرتد اذا ظفر به قبل ان يحارب
فاتفقوا على انه يقتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا
في قتل المرأة وهل تستتاب قبل ان تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال ابو حنيفة
لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك
وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام واما الاستتابة فان مالكا شرط
في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته واما اذا حارب المرتد ثم ظهر
عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته في دار الاسلام او بعد ان لحق بدار
الحرب الا ان يسلم واما اذا اسلم المرتد المحارب او قبل ان يؤخذ فانه يختلف
في حكمه فان كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحربي يسلم لا تبعة عليه
في شيء مما فعل في حال ارتداده واما ان كانت حرابته في دار الاسلام فانه يسقط
اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى في ردته في دار
الاسلام ثم اسلم وقد اختلف اصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر
يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب
في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الا مع
الكفر والله الموفق بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد
وآله وصحبه وسلم كتاب الاقضية والاصول في هذا الباب تنحصر
في ستة ابواب احدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثاني في معرفة ما يقضي فيه

والثالث في معرفة ما يقضى به والرابع في معرفة من يقضى عليه او له والخامس
في كيفية القضاء والسادس في وقت القضاء

الباب الاول

والنظر
في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به افضل فاما الصفات المشترطة
في الجواز فان يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل في المذهب ان الفسق
يوجب العزل ويمضي ما حكم به واختلفوا في كونه من اهل الاجتهاد فقال الشافعي
يجب ان يكون من اهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال ابو حنيفة
يجوز حكم العامي قال القاضي وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمة الله عليه في المقدمات
عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا
في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال ابو حنيفة يجوز ان تكون
المراة قاضيا في الاموال وقال الطبري يجوز ان تكون المراة حاكما على الاطلاق في كل
شيء قال عبد الوهاب ولا اعلم بينهم اختلافا في اشتراط الحرية فمن رد قضاء
المراة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها ايضا على العبد لنقصان حرمتها
ومن اجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها في الاموال ومن راى حكمها
في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتاتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز
الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى واما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه
ولا خلاف في مذهب مالك ان السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته و
ليست شرطا في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط
في الجواز فهذا اذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستمرار
وليست شرطا في الجواز فهذا اذا ولي القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا ان يكون
جورا ومن هذا الجنس هي عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء
عند مالك ان يكون واحدا والشافعي يجيز ان يكون في المصر قاضيان اثنان

اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم به وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان
شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان
في اختيار احدهما وجب ان يقترعا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها
الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامي هل يجوز ان يكون قاضيا فقال قوم يجوز
وعن الشافعي القولان جميعا لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصة لموضع النبي وباتفاق
في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرفه فيه
واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام
فقال مالك يجوز وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز وقال ابو حنيفة اذا وافق حكمه
حكم قاضي البلد

الباب الثاني

واما فيما يحكم فاتفقوا ان القاضي
يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله او للادميين وانه نائب عن الامام الاعظم
في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الايمة في المساجد
الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن
له وليس ينظر في الجباية ولا في غير ذلك من الولايات وينظر في التحجير على السفهاء
عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله
للمحكوم له وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على ان حكم الحاكم بالظاهر الذي
يعتريه في الباطن لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام
انما انا بشر مثلكم وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض
فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذ منه
شيئا فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل النكاح وعقده بالظاهر الذي يظن الحاكم
دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك او لا يحل فقال الجمهور الاموال والفروج
في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا وذلك مثل ان يشهد شاهدا
زور في امراة اجنبية انها زوجة لرجل اجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له

وان الحقها العلم بقضاء الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له وعمدته
الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع
وقد علم ان احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المراة على زوجها
الملاعن او على الغير فان كان هو الكاذب فلم يعلم غير وعليه انما يحكم الحاكم وكذلك
ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور
ان الفرقة هاهنا انما وقعت عقوبة للعلم بان احدهما كاذب الباب الثالث
فيما يكون به القضاء والقضاء يكون باربعة بالشهادة وباليمين وبالنكول وبالاقرار
وبما تركب من هذه ففي هذا الباب اربعة فصول الاول في الشهادة والنظر في
الشهود في ثلاثة في الصفة وفي الجنس والعدد فاما عدد الصفات المعتبرة
في قبول قول الشاهد فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي
التهمة وهذه منها متفق عليها ومختلف فيها فاما العدالة فان المسلمين
اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى ممن ترضون من
الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم واختلفوا فيما هي العدالة
فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو ان يكون ملتزما لواجبات الشرع
ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفي في العدالة
ظاهر الاسلام وان لا يعلم منه جرحة وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم
اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق
غير مقبولة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا
الاية ولم يختلفوا ان الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه
من قبل القذف فان ابا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور
يقولون تقبل وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله عز وجل ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك يعود الى

اذ ب

اذ ب منذكور اليه او على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة لا تسقطه
عنه الحد وقد تقدم هذا واما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط حيث
تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح
وفي القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على ان من شرط
الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة عند
مالك شهادة وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها الا يتفرقوا لئلا يجبنوا
واختلف اصحاب مالك هل يجوز اذا كان بينهم كبير ام لا ولم يختلفوا انه
يشترط فيها العدالة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورية
ام لا واختلفوا هل تجوز في القتل الواقع بينهم وعمدة مالك في ذلك انه
مروي عن علي بن ابي طالب قال الشافعي فان احتج محتج بهذا قيل له ابن عباس قد ردها
والقران يدل على انها لا تجوز وقال بقول مالك ابن ابي ليلى وقوم من التابعين واجازة
مالك لذلك من باب اجازته قياس المصلحة واما الاسلام فاتفقوا على انه شرط
في القبول وانه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية
في السفر لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت
حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او اخران من غيركم الاية فقال ابو حنيفة يجوز
ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك وراوا ان الاية
منسوخة واما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة
وقال اهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية
ليس لها تاثير في الرد الا ان يثبت ذلك من كتاب او سنة او اجماع وكان
الجمهور راوا ان العبودية اثر من اثار الكفر فوجب ان يكون لها تاثير في رد الشهادة
واما التهمة التي سببها المحبة فان العلماء اجمعوا على انها مؤثرة في اسقاطها

الشهادة واختلفوا في رد الشهادة العدل بالتهمة فقال برده في الجملة جمهور فقهاء
الامصار الا انهم اتفقوا في مواضع على اعمال التهمة وفي مواضع على اسقاطها وفي
مواضع اختلفوا فاعملها بعضهم واسقطها بعضهم فاما ما اتفقوا عليه فرد شهادة الاب
لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا في تاثير التهمة في شهادته
شهادة الزوجين احدهما للاخر فان مالكا ردها وابا حنيفة واجازها الشافعي
وابو ثور والحسن وقال ابن ابي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها له
وبه قال النخعي ومما اتفقوا على اسقاط التهمة فيها شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع
بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك وما لم يكن منقطعا الى اخيه يناله بره وصلته
ما عدا الاوزاعي فانه قال لا يجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو
على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال ابو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور
في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا تقبل شهادة
بدوي على حضري لقلة شهود من عندهم هذا من طريق السماع واما من طريق المعنى فلموضع التهمة
وقد اجمع الجمهور على تاثيرها في الاحكام الشرعية مثل اختلافهم في الارث
القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف واما الطائفة
الثانية وهم شريح وابو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الابن لابيه فضلا
عمن سواه اذا كان الابن عدلا وعمدتهم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين
بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والامر بالشيء يقتضي
اجزاء المامور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه واما من جهة النظر
فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة
انما عملها الشرع في الفاسق ومنع عملها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة
واما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من

اربعة

اربعة شهود عدول ذكور واتفقوا على انه يثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين
عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري فانه قال لا تقبل باقل من اربعة شهود
تشبيها بالرجم وهذا متفق على ان الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعي
الا ابن ابي ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه يثبت الاموال بشاهد عدل
ذكر وامراتين لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهداء
واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذي عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء
في الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال اهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل
وكان النساء اكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الاية وقال ابو حنيفة تقبل
في الاموال وفيما عدا الحدود من احكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق
ولا تقبل عند مالك في حكم من احكام البدن واختلف اصحاب مالك في قبولهن في حقوق
الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق الا بالمال فقط
فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامراتان وقال اشهب
وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان واما شهادة النساء مفردات اعني النساء
دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التي لا يطلع عليها الرجال
غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في هذا الا في الرضاع فان
ابا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان
التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا تجوز شهادتهن مفردات في هذا
الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك فقال مالك يكفي في ذلك امراتان مع انتشار
الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك اقل من اربع لان الله عز
وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امراتين وقال قوم لا يكتفى في ذلك باقل من ثلاث

وهو قول المعتزلة واجاز ابو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب
ان الظاهرية او بعضهم يجيزون شهادة النساء مفردات في كل شيء كما يجيزون
شهادتهن مع الرجال في كل شيء. الفصل الثالث فاما الايمان فانهم اتفقوا على انها
تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم يكن للمدعي بينة واختلفوا هل يثبت
بها حق المدعي اثبات ما انكره المدعى عليه او ابطال ما ثبت عليه من الحقوق
اذا ادعى الذي ثبت عليه اسقاطه في الموضع الذي يكون المدعي سواء كانت في اسقاطه
حق عن نفسه قد ثبت عليه او اثبات حق انكره فيه خصمه وسبب اختلافهم
تردده في قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر هل ذلك
عام في كل مدعى عليه ومدع او انما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه بعلاقة
فمن قال هذا الحكم عام في كل مدعى ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت
باليمين حق ثبت ومن قال انما خص المدعي بهذا الحكم من جهة ما هو اقوى شبهة
قال اذا اتفق ان يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي اقوى ان يكون القول قوله
واحتج لهؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور جميعا على ان القول فيها قول المدعي
مع يمينه مثل دعوى تلف الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة وله
اوليك ان يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين
التي تسقط الدعوى او تثبتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو واتفق فقهاء الامصار
في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد
الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية واما التغليظ بالمكان
فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص
وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه ثلاثة دراهم

فصاعدا

فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي صلى الله
عليه وسلم فلا خلاف انه يحلف على المنبر فان كان في غيره من المساجد ففي ذلك
روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم
انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند
المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف على المنبر والنصاب عنده
في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة
لا تغلظ الايمان بالمكان وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر
النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر ام لا فمن قال انه يفهم
ذلك قال انه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال ان التغليظ
معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحالف على المنبر والحديث
الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من حلف على منبري اثما تبوا مقعده من النار واحتج
هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة
وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ
لم تكن فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكما ان التغليظ الوارد في اليمين
بمجرده مثل قوله عليه السلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه
الجنة واوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين وكذلك التغليظ بالمكان
وعند مالك في القسامة واللعان وكذلك في الزمان لانه قال في اللعان انه يكون
بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر واما القضاء
باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي واحمد وداود

وابو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في
الاموال وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور اهل العراق لا يقضى باليمين
مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من اصحاب مالك وسبب الخلاف في هذا الباب
باثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث ابي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث
جابر الا ان الذي خرج مسلم حديث ابن عباس ولفظه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخاري واما مالك
فانما اعتمده لمرسله عن جعفر بن محمد عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمرسل واجب واما السماع
المخالف لها فقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من
الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر والزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة
الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم
المزيد واما من السنة فما خرجه البخاري ومسلم عن الاشعث بن قيس قال
كان بيني وبين رجل خصومة فاختصمنا الى النبي صلى الله عليه وسلم من
حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا
فهذا منه عليه السلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا
يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي في اقسام الحجة للمدعي والذين
قالوا باليمين مع الشاهد هم على اصلهم في ان اليمين هي حجة اقوى المتداعيين
شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة
وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين
قد اقيمتا مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا بشهادة ولا مع غيره الفصل

الثالث

الثالث واما هل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف
والجراح ففيه قولان في المذهب واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان
الفقهاء ايضا اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء اهل الحجاز
وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول
الا ان يحلف المدعي او يكون له ~~المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول الا ان~~
شاهد واحد وقال ابو حنيفة واصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعي بنفس النكول
وذلك في المال بعد ان يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع
الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلبها عند الشافعي يكون
في كل موضع يجب اليمين فيه وقال ابن ابي ليلى اردها في غير التهمة ولا اردها في
التهمة وعن مالك في يمين التهمة هل تنقلب ام لا قولان فعمدة من راى قلب اليمين
ما رواه مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين
على اليهود بعد ان بدا بالانصار ومن حجة مالك ان الحقوق عنده انما تثبت بشيئين
اما بيمين وشاهد واما بنكول ويمين اصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية وليس
يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول ان الشهادة لما
كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحقق عليه
الدعوى قالوا واما نقلها من المدعى عليه الى المدعي فهو خلاف النص لان اليمين
قد نص على انها دلالة المدعى عليه فهذه اصول الحجج التي يقضي بها القاضي ومما
اتفقوا عليه في هذا الباب انه يقضي القاضي بوصول كتاب قاض اخر اليه
لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة اعني اذا اشهد القاضي الذي يثبت
عنده الحكم شاهدين ان الحكم ثابت عنده اعني المكتوب في الكتاب الذي ارسله

الى القاضي الثاني فيشهدوا عند القاضي الثاني انه كتابه وانه اشهدهم بثبوته وقد
انه يكتفي فيه بخط القاضي وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعي وابو حنيفة
لا يجوز ان يقع في الشهادة واختلفوا في العقاص والوكيل هل يقضي به في اللقطة
دون شهادة تدل لا يوجد لها من شهادة فقال مالك يقضي به الا وقال الشافعي
لا بد من الشاهدين وبذلك قال ابو حنيفة وقول مالك جار على نحو الاحاديث
وقول الغير جار على الاصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي
بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضي يقضي بعلمه في التعديل والتجريح
وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضي بعلمه في اقرار الخصم
وانكاره وكذلك اجمعوا انه يقضي بعلمه في تغليب حجة احد الخصمين على حجة الثاني
واختلفوا هل يقضي بعلمه على احد دون بينة او اقرار او لا يقضي الا بالدليل
والاقرار فقال مالك واكثر اصحابه لا يقضي الا بالبينات او بالاقرار وبه قال
احمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وابو ثور وجماعة للقاضي ان يقضي
بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما
اعتمد في قوله السماع والنظر اما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها
حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث
ابا جهم مصدقا فلاحاه رجل في صدقة فوقع بينهما شجاج فاتوا النبي
صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه السلام اني خاطب
الناس ومخبرهم انكم رضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله
عليه وسلم المنبر فخطب فقال ارضيتم قالوا نعم وهذا بين في انه لم يحكم
عليهم بعلمه واما من طريق المعنى فلا تهمة اللاحقة في ذلك للقاضي وقد اجمعوا
على ان

على ان للتهمة تاثيرا في الشرع ومنها انه لا يرث القاتل عمدا عند جمهور الفقهاء
وعمدة من اجاز ذلك اما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة
بن ربيعة مع زوجها ابي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام
وقد اشتكت ابا سفيان خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف دون ان يكلفها
البينة او يسمع قول خصمها واما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم
بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص
ابو حنيفة واصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضي بعلمه في الحدود
ويقضي في غير ذلك وخصص ابو حنيفة ايضا العلم الذي يقضي به فقال يقضي بعلمه
الذي علمه في القضاء ولا يقضي بما علمه قبل القضاء وروي عن عمر انه قضى بعلمه
على ابي سفيان لرجل من مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضي بعلمه في المجلس اعني
بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا. الفصل الرابع
في الاقرار واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فيمن
يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الاختلاف اما من يجوز
اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب
الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال واما المسائل
التي اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وانت ان اردت
ان تقف عليها فمن كتاب الفروع. الباب الرابع واما على من يقضي ولمن
يقضي فانهم اتفقوا على انه يقضي لمن ليس يتهم عليه واختلفوا في قضائه لمن
يتهم عليه فقال قوم لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز شهادته عليه وقال
قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة على من

فيقضي فانهم اتفقوا على انه يقضي على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب وفي القضاء
على اهل الكتاب فاما مالك والشافعي فقالا يقضي على الغائب البعيد الغيبة
وقال ابو حنيفة لا يقضي على الغائب اصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن
مالك لا يقضي في الرباع المستحقة وعمدة من راى القضاء حديث هند
المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء
قوله عليه الصلاة والسلام فانما اقضي له بحسب ما اسمع وما رواه ابو داود
وغيره عن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين ارسله الى اليمن قال
لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر واما الحكم على الذمي فان في ذلك متى
ثلاثة اقوال احدها انه يقضي بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو
مذهب ابي حنيفة والثاني انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان
والثالث انه واجب على الامام ان يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه وعمدة
من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض
عنهم وبهذا تمسك من راى الخيار ومن اوجبه اعتمد قوله تعالى وان احكم
بينهم بما انزل الله وراى هذا ناسخا لاية التخيير واما من راى وجوب الحكم عليهم هذا ناسخ
وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على ان الذمي اذا سرق قطعت يده
الباب الخامس واما كيف يقضي القاضي فانهم اجمعوا على انه واجب
عليه ان يسوي بين الخصمين في المجلس ولا يسمع من احدهما دون الاخر وان يبدا بالمدعي
فيساله البينة ان انكر المدعى عليه فان لم تكن له بينة فان كان في مال وجبت
اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كان في طلاق او نكاح او قتل وجبت عند
الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع الشاهد واذا كان مع المال
جهل

جهل حلف المدعى عليه بنفس الدعوى او لا يحلف حتى يثبت المدعي الخلطة اختلفوا
في ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم
قوله عليه السلام من حديث ابن عباس البينة على المدعي واليمين على المدعى
عليه وقال مالك لا تجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة
وعمدة في اليمين من قال بها النظر الى المصلحة لئلا يتطرق الناس بالدعوى
الى تعنيت بعضهم بعضا واذاية بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك احلاف المراة
زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا ان يكون معها شاهد وكذلك احلاف العبد
سيده في دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو ان تكون في شيء في الذمة او في
شيء بعينه فان كان في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان
لم تكن بينة سمعت منه بينة باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع
في عين مثل بيع او غير ذلك واما ان كان في عين وهو الذي يسمى استحقاقا
فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال ابو حنيفة لا تسمع بينة
المدعى عليه الا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع في شيء وقال مالك
والشافعي يسمع اعني ان يشهد للمدعى عليه انه ماله وملكه وعمدة من قال
لا يسمع ان الشرع قد جعل البينة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعى
عليه فوجب ان لا ينقلب الامر وكان ذلك عندهم عبادة وسبب
الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى
فيه موجودا بيده ام ليس تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائدا قال لا معنى
لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع
التعارض بين البينتين ولم تثبت احديهما امرا زائدا مما لا يمكن ان يتكرر
في ملك ذي الملك فالحكم عند مالك ان يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الاكثر

وقال ابو حنيفة بينة المدعي اولى على اصله ولا يرجح عنده بالعدالة كما لا يرجح عنده
بالعدد وقال الاوزاعي يرجح بالعدد اذا تساوت في العدالة وعند مالك اذا لم تكن بينة
تحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعي ووجب الحق لان المدعي شاهد
له ولذلك جعل وليه اضعف الدليلين اعني اليمين واما اذا اقر الخصم فان
كان المدعى فيه معينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا
في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك
حتى يتبين عدمه اما بطول السجن او بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره
خلى سبيله لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقال قوم
يؤاجره وبه قال احمد وروي عن عمر بن عبد العزيز وحكي عن ابي حنيفة ان لغرمائه
ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف ان البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم
يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك
وقال الشافعي ينتقض واما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو
ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبل الحكم فالاكثر ان الحكم لا يثبت
وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال
غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم
ان كان مالا ضمنوه على كل حال وقال عبد الملك لا يضمن الا في الغلط وقال
الشافعي لا يضمنون المال وان كان في دم فان ادعوا الغلط ضمنوا
الدية وان اقروا بالعمد [illegible] على قول اشهب ولم يقتص منهم على
قول ابن القاسم الباب السادس واما متى يقضي فمنه ما يرجع
الى حال القاضي في نفسه ومنه ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله
ومنه ما يرجع الى توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما

متى

526

متى يقضي القاضي اذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه السلام لا يقضي
القاضي حين يقضي وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشان
او جائعا او غير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى
في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما اعلم انه ينفذ حكمه
ويحتمل ان يقال لا ينفذ حكمه فيما وقع عليه النص وهو الغضب لان النهي يدل
على فساد الشيء المنهي عنه واما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل
والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا الحكم هو ان يقطع حجة المدعي او حجة خصمه وهل له
ان يسمع منه حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع
فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع
بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز وقيل لا يسمع منهما معا وقيل
بالفرق بين المدعي والمدعى عليه وهذا اذا اقر بالعجز واما وقت التوقيف
فهو عند الثبوت وقبل الاعذار وان لم يرد الذي استحق الشيء من يده
ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج في رجوعه به
على البائع ان يوقفه عليه ويشهد انه اشتراه منه ان انكر او يعترف له
فان اقر فللمستحق من يده ان يأخذ الشيء من المستحق ويترك
فيه ثمنه بيد المستحق وقال الشافعي [illegible] فان عطب بيد المستحق
منه فهو ضامن له وان عطب في اثبات الحكم فمن ضمانه اختلف في ذلك
فقال ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمنه
المستحق بعد الحكم واما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه
قال القاضي ابو الوليد وينبغي ان تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم

قسمين يقضي به الحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا
القسم وقسم لا يقضي به الحكام وهذا الذي هو داخل في المندوب
اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس
وغير ذلك مما يذكر الفقهاء في اخر كتبهم التي تعرف عندنا
بالجوامع ونحن مقرران شاء الله ان نذكر ايضا من هذه الجنس
المشهورة وقت غير هذا ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق
وحسبنا الله ونعم الوكيل هنا تم الديوان واسمه بداية
المجتهد ونهاية المقتصد من الديباج والحمد لله
رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه
وسلم تسليما وينبغي قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة
العلمية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع
الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس
تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى
الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة
في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها ما يرجع
الى طلب العدل والكف عن الجور وهذه هي اجناس السنن
التي تقتضي العدل في الاموال والتي تقتضي العدل في الابدان وفي
هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها
انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها
السنن الواردة في جميع الاموال وتقويمها وهي التي يقصد بها طلب

الفضيلة

الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى
البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل ايضا في باب
الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في
الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العلمية و
العملية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم ايضا في الايمة و
القوام بالدين ومن السنن المهمة في حين الاجتماع السنن
الواردة في المحبة والبغضة اي الدينية التي تكون من قبل الاخلال بهذه
السنن واما من قبل سوء معتقده في الشريعة واكثر ما يذكر
الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الاجناس الاربعة التي هي فضيلة
العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء و
العبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل والحمد لله رب
العالمين وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وازواجه وذريته
وسلم تسليما كثيرا دائما ابدا

تم بحمد الله وعونه وصلى الله على من
لا نبي بعده على يد كاتبها احمد ابن ابي الحسن للقاضي
الفقيه عبد الله بن الفقيه علي بن ابراهيم المعروف بعلي
[illegible] غدوة يوم الخميس الخامس والعشرين من شهر
جمادى الاولى عام [illegible] من الهجرة النبوية على صاحبها
افضل الصلاة والسلام والسلام